

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

Ejercicio del derecho de asilo en la normativa comunitaria y nacional

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Carlos Alberto Prieto Godoy

Director

Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado

Madrid, 2012

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Administrativo



Tesis Doctoral

El ejercicio del derecho de asilo en la normativa
comunitaria y nacional

Director: Dr. Don. ÁLVARO GIL-ROBLES Y GIL- DELGADO

Doctorando: CARLOS ALBERTO PRIETO GODOY

Madrid, noviembre de 2011

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I.

I. El Marco histórico del derecho de asilo.....1

I.1. El derecho de asilo religioso como antecedente del derecho de asilo territorial.....2

I.1.1. La consolidación del Estado moderno, la degradación del poder eclesiástico y el desvanecimiento de las instituciones religiosas. El fuero universitario medieval como ejemplo catalizador por su similitud con el asilo religioso.....4

I.2. La transición del asilo religioso a una institución política o estatal de derecho.....9

I.3. El derecho de asilo en la primera mitad del siglo XX, como una institución de conciencia internacional a favor de los derechos humanos.....13

I.3.1. El derecho de asilo durante las guerras europeas y su protagonismo en el nacimiento de distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.....15

I.4. El derecho de asilo en el nacimiento de una nueva conciencia internacional. Las Naciones Unidas y el respeto a la dignidad intrínseca de la persona y sus derechos fundamentales.....18

I.4.1. La creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como Agencia sucesora universal y el Proyecto de Convenio relativo al estatuto de refugiados, como

pasos decisivos hacia la consolidación de un marco legal internacional sobre asilo y refugio.....	22
I.5. La confusión conceptual entre el asilo y el refugio en virtud de la configuración del refugio en el marco legal internacional.....	27
I.6. La bifurcación conceptual del derecho de asilo, en virtud de las prácticas en los distintos sistemas regionales de protección de derechos humanos, en especial: a) el asilo territorial y b) el asilo diplomático.....	30

CAPÍTULO II.

II. Instrumentos internacionales del derecho de asilo y refugio.....	36
II.1. El derecho internacional de los refugiados en paralelo con el derecho internacional humanitario.....	39
II.2. Políticas y directrices de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.....	45
II.2.1. La definición de refugiado según el Estatuto del ACNUR.....	51
I.3. Las principales disposiciones de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo adicional.....	56
II.3.1. La condición de extranjero o apátrida.....	59
II.3.2. El concepto de persecución y la existencia de <i>fundados temores de ser perseguido</i>	60
II.3.3. La necesidad de una situación de desprotección....	65

II.3.4. El cese de la condición de refugiado.....	66
II.3.5. Las causas del temor fundado de persecución.....	75
A). Raza, religión, nacionalidad.....	76
B). La pertenencia a determinado grupo social.....	80
C). Opiniones políticas.....	84
II.4. El procedimiento para la determinación de la condición de refugiado es de naturaleza predominantemente administrativa.....	87
II.4.1. El relato de los hechos, la prueba y el beneficio de la duda en la determinación de la condición de refugiado.....	93
II.5. Principales garantías que se desprenden de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967.....	96
II.5.1. La prohibición de sanciones por entrada ilegal.....	98
II.5.2. La prohibición de la expulsión.....	101
II.5.3. El principio de no devolución.....	101
II.6. Definiciones más amplias de la condición de refugiado.....	106

CAPÍTULO III.

III. La situación las migraciones internacionales mixtas, un desafío constante para el derecho internacional de los refugiados y el derecho de asilo.....	110
--	-----

III.1. Principales retos para el asilo de cara al siglo XXI, en especial: a). la lucha contra el terrorismo; b). la crisis económica; y c). el cambio climático.....	118
III.2. Panorama internacional de las migraciones mixtas, cifras sobre: refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos y personas apátridas.....	124
III.2.1. La recepción de refugiados por los países desarrollados o industrializados y en vías de desarrollo.....	128

CAPÍTULO IV.

IV. El Consejo de Europa y su labor de protección respecto del asilo y el refugio.....	131
--	-----

IV.1. La Evolución del Consejo de Europa, hacia una ampliación y mejoramiento del control de los derechos fundamentales relacionados con el asilo y el refugio.....	137
IV.1.1. La ampliación del catalogo de derechos en el CEDH y la mejora del mecanismo de protección de los mismos a través de los Protocolos adicionales.....	138
IV.1.2. La actividad de la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, como gesto de la voluntad política de avanzar en la construcción de un marco legal regional sobre asilo y refugio.....	142
IV.2. La adopción de instrumentos jurídicos de obligado cumplimiento que guardan relación con el asilo y refugio.....	148

IV.3. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su control jurisdiccional en relación al derecho de asilo.....	160
IV.3.1. El Artículo 3 del CEDH.....	161
IV.3.2. El Artículo 5 del CEDH.....	169
IV.3.3. El Artículo 8 del CEDH.....	176
IV.3.4. El Artículo 13 del CEDH.....	183
IV.3.5. El Artículo 14 del CEDH.....	186
IV.3.6. Otros artículos de interés.....	187
IV.4. Otros mecanismos tutelares de los derechos humanos del Consejo de Europa, su incidencia sobre el derecho de asilo.....	189
IV.4.1. La Comisión de migraciones, Refugiados y Demografía.....	189
IV.4.2. El Comité contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles o Degradantes.....	191
IV.4.2.1. Aspectos sustantivos de la labor del CPT en materia de asilo.....	194
IV.4.3. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.....	196
IV.4.3.1. Aspectos sustantivos de la labor del ECRI en materia de asilo.....	197

IV.4.4. <i>El Comisario Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa</i>	199
---	-----

IV.4.4.1. Aspectos sustantivos de la labor del Comisario en materia de asilo, en especial las Recomendaciones y los Informes.....	201
---	-----

A). Las Recomendaciones Generales.....	202
--	-----

B). Los Informes del Comisario sobre las visitas de los Estados, en especial respecto de: 1). Sobre la entrada y las detenciones de los solicitantes; y b).Procedimientos acelerados y expulsiones.....	204
---	-----

CAPÍTULO V.

V. El ejercicio del derecho de asilo en el ámbito de la Unión Europea.....	217
--	-----

V.1. El derecho de asilo desde los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea hasta el Acta Única Europea, 1957-1987.....	219
---	-----

V.2. Un mercado sin fronteras interiores. El derecho de asilo visto desde una nueva forma de organización internacional de países: Del Acta Única Europea, al Convenio de Dublín y su especial relación con el Sistema Schengen.....	223
--	-----

V.3. El asilo en el Tratado de Maastricht y la construcción de los Pilares de la Unión Europea.....	235
---	-----

V.4. El asilo en el espacio de libertad, seguridad y justicia del Tratado de Ámsterdam y su posterior retoque por el Tratado de Niza.....	241
---	-----

V.5. El derecho de asilo en el Programa del Consejo Europeo de Tampere y de la Haya.....	246
V.5.1. El Consejo de Laeken y el Consejo de Sevilla. Reflejos del cambio de dirección de las políticas de la Unión Europea sobre asilo e inmigración, entre el Programa de Tampere y de la Haya.....	251
V.6. El Programa de Estocolmo. Perspectivas a hacia el equilibrio entre seguridad de la Unión, inmigración irregular y el derecho de asilo.....	254
V.7. El Tratado de Lisboa y su incidencia en el derecho de asilo.....	257
V.7.1. El derecho de asilo en la Carta de los Derecho Fundamentales de la Unión Europea.....	262
V.8. Normativa de desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo...	266
V.8.1. Régimen comunitario de protección temporal en caso de afluencia masiva de desplazados, como una nueva forma de protección internacional.....	266
V.8.1.1. La normativa de desarrollo del Fondo Europeo para los Refugiados.....	273
V.8.1.2. Conclusiones sobre la protección temporal de personas desplazadas, con ocasión de los recientes conflictos en Oriente Medio.....	275
V.8.2. La Determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo.....	278

V.8.2.1. El Sistema Eurodac.....	283
V.8.2.2. La propuesta de la Comisión Europea de reformar el sistema Dublín II.....	286
V.8.3. Normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.....	290
V.8.3.1. Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, comentario a manera de conclusión.....	294
V.8.4. La Directiva reguladora del derecho a la reunificación familiar.....	296
V.8.5. La Directiva de cualificación para obtener el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria. Hacia una nueva forma de protección internacional.....	302
V.8.6. La Directiva de normas comunes para el procedimiento de asilo.....	307
V.8.7. La Directiva relativa al procedimiento y normas comunes sobre el retorno de los nacionales de terceros países.....	321

CAPÍTULO VI.

VI. Un enfoque nacional sobre el desarrollo del derecho de asilo en el nuevo orden mundial: España.....	327
---	-----

VI.1. El derecho de asilo en la Constitución Española de 1978 y su posterior regulación.....	329
VI.2. La regulación del derecho de asilo y la condición de refugiado con la Ley 5/1984.....	332
VI.3. La Ley 9/1994, hacia una estandarización del derecho de asilo español con el derecho de asilo comunitario.....	337
VI.3.1. El impacto de la Ley 9/1994 en cifras.....	346
VI.4. El nuevo orden del derecho de asilo en España, hacia la transposición de la normativa del Sistema Europeo Común de Asilo.....	351
VI.4.1. El régimen legal de extranjería.....	353
VI.4.2. Principales aspectos de la Ley 12/2009.....	355
A). Del ámbito de aplicación de la Ley 12/2009 <i>ratione personae</i>	355
B). La protección subsidiaria.....	360
C). Contenido material del estatuto de refugiado y de protección subsidiaria.....	362
D). Las causas de exclusión y denegación de protección internacional.....	364
E). El reconocimiento de los agentes de persecución.....	367

F). El procedimiento para el reconocimiento de la protección internacional.....	371
a). El derecho a la información.....	373
b). De los plazos.....	374
c). La audiencia personal.....	374
d). La asistencia jurídica gratuita.....	375
e). El efecto suspensivo.....	377
G). La imposibilidad de solicitar protección internacional en Misiones Diplomáticas.....	379
H). Otras aportaciones de interés.....	382
VI.2. El impacto de la Ley 12/2009 en cifras.....	384
Conclusiones Generales.....	387
Bibliografía.....	403
Abreviaturas empleadas.....	441

INTRODUCCIÓN.

En este trabajo de investigación, se pretende realizar un estudio sobre la institución del asilo, observando el marco legal internacional (sistema de las Naciones Unidas), los marcos legales regionales (el del Consejo de Europa y la Unión Europea) y, el marco legal nacional (el sistema español de asilo), con el propósito de observar las principales dificultades que afectan al correcto ejercicio del mismo y muy en especial el derivado de la intervención de las Administraciones Públicas.

Para tales efectos, hemos hecho un breve estudio cronológico con la finalidad de observar la naturaleza del asilo, así como el origen de su contenido axiológico y los distintos protagonistas que en esa figura han sido fundamentales a lo largo de su evolución. En este sentido, hemos observado el asilo desde sus orígenes religiosos, así como en su acepción ética en las leyes de Platón en la Antigua Grecia, en su transición de lo religioso, a lo político-jurídico con la consolidación del Estado moderno, hasta llegar a centrarnos en el análisis del asilo en la actualidad.

El siglo XX, considerado como el siglo de las migraciones y de los <desarraigados>¹, ha demostrado que los límites de la ignominia y crueldad humana no son siquiera imaginados y pueden llegar a ser aterradores. Tras la experiencia en Europa de dos grandes Guerras Mundiales, que llevaría a los pueblos europeos al borde de su propia extinción, la comunidad internacional comenzó a preocuparse de forma más intensa por el respeto a los derechos humanos, la dignidad de la persona y el valor de la vida².

¹.Vid. LOPÉZ GARRIDO, Diego, "El derecho de asilo", Ed. Trotta, 1º ed, Madrid 1991, p. 7.

².Vid. El Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, preámbulo.

De esta forma, en la dialéctica construida en el contexto internacional a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el respeto a los derechos humanos va a suponer un límite al poder político del Estado soberano. Así, la manera en que un Estado trate a las personas va a regularse en el marco del Derecho Internacional, donde los Estados, en lo que algunos interpretan como un acto de civilización, paradójicamente asumirán de forma voluntaria con base en su soberanía³, obligaciones hacia los ciudadanos de otros Estados.

En este sentido, el derecho de asilo puede verse como un elemento catalizador en el proceso de adaptación de los Estados, a este nuevo orden mundial del respeto a los derechos humanos. Proceso que se construye día a día y constantemente, a la luz de los sucesos que tradicionalmente han originado movimientos masivos de personas y generado refugiados o asilados reconocidos en la Convención de Ginebra de 1951, tales como: las persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o ideología política⁴. Pero también, a la luz de fenómenos que aparecen como nuevas causas de persecución, o bien como sucesos generadores de personas que necesitan protección internacional para salvar su vida o su integridad, tales como: la violación sistemática de los derechos fundamentales, la violencia indiscriminada, la muerte por desnutrición, los desastres naturales a causa del cambio climático, entre otros fenómenos que nos amenazan y se perfilan como los nuevos retos de la institución del asilo y refugio de cara al siglo XXI⁵.

En este sentido, se hace necesario analizar ciertos factores que han contribuido a dificultar el ejercicio del derecho de asilo, y que los Estados han

³.En este sentido, CARRILLO SALCEDO, Juan, A. "Los derechos humanos y la paz: hacia una relectura de la noción de Estados civilizados", en: Revista Tiempo de Paz, N° 100, primavera 2011, p. 101.

⁴ . Razones de persecución reconocidas por el marco internacional clásico del derecho de los refugiados, compuesto por la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967.

⁵ .Vid. Informe del ACNUR, "Tendencias Globales 2010, 60 años y seguimos adelante", ACNUR 2011.

intentado utilizar como justificación para la puesta en práctica de políticas y medidas restrictivas, que vacían de contenido los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos por ellos asumidos, y que van en contra de sus propios sistemas nacionales de garantías individuales, que los definen como Estados democráticos con principios éticos, políticos y jurídicos .

Nos referimos a fenómenos como, la lucha contra el terrorismo, el crimen organizado, o la inmigración económica irregular.

En este orden de ideas, aún cuando los Estados han asumido ciertos compromisos en el contexto internacional, en el orden nacional, a través de sus procedimientos predominantemente de naturaleza administrativa, han erosionado sensiblemente el sistema de asilo, degradando garantías procedimentales básicas.

Lamentablemente, en el contexto de la Unión Europea, dichas políticas restrictivas han sido alentadas en cierta medida por la normativa desarrollada en el Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), con origen en el Tratado de Ámsterdam y el establecimiento progresivo de un <especio de libertad seguridad y justicia>⁶, y definido en el Programa de Tampere en 1999⁷.

En cuanto al método de trabajo y en consideración a lo anterior, respecto del marco jurídico y función protectora de las Naciones Unidas, hemos podido estudiar los principales textos internacionales que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que conforman diversas ramificaciones, tales como el Derecho Internacional Humanitario, que en ciertas formas se relaciona con el Derecho Internacional de los Refugiados. Así, ayudados por la doctrina y por los estudios, publicaciones y trabajos del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), así como

⁶.Vid. Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el tratado de la unión europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos, Diario Oficial n° C 340 de 10 de noviembre de 1997.

⁷. Vid. Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de octubre de 1999.

por estudios, publicaciones y trabajos de otras organizaciones internacionales⁸, como Cruz Roja Internacional, o la Organización Internacional para las Migraciones, hemos podido conocer en cierta medida la situación en que se encuentra la institución del asilo (configurada como refugio en el contexto internacional) en la actualidad, así como su desarrollo histórico y sus posibles vertientes en el futuro.

Hemos analizado la actividad del Consejo de Europa, y estudiado los diversos textos normativos ahí desarrollados, desde las Recomendaciones y Resoluciones más relevantes del Comité de Ministros y de la Asamblea Parlamentaria, y la jurisprudencia del TEDH. Así como también, los distintos trabajos e Informes realizados por sus diversos órganos e instituciones especializados en la protección de derechos humanos, tales como el Comisario Europeo para los Derechos Humanos, o el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos y Degradantes, entre otros. De tal modo que, hemos podido evaluar la incidencia del Consejo de Europa en cuanto al ejercicio del derecho de asilo en el seno de los Estados miembros.

En el estudio realizado en el ámbito de la Unión Europea, después de una breve pero necesaria reseña histórica, partimos del análisis del objetivo perseguido por el SECA, de unificar políticas y criterios en materia de asilo y refugio en el contexto de la Unión y sus veintisiete Estados miembros, a fin de conseguir procedimientos nacionales de asilo uniformes, un trato justo para los ciudadanos de terceros Estados, así como medidas de acogida, programas de inclusión social, o de reasentamiento, todo lo cual aún no se ha conseguido adecuadamente.

En este apartado, nos hemos valido de diversos instrumentos, entre los que se encuentran aquellos que empleamos tanto en el contexto de la ONU, como del Consejo de Europa, puesto que los 27 Estados miembros de la Unión Europea, son parte a la vez de las anteriores referidas organizaciones. De tal

⁸.Hemos consultado en este sentido, diversos Informes de Amnistía internacional, diversos Informes de Cruz Roja Internacional, así como diversos artículos científicos publicados a través de sus medios.

suerte, que en el contexto de la Unión, contamos para nuestro estudio con diversas herramientas que nos proporcionaron un panorama más amplio sobre la situación actual del asilo, a través de la compleja armonización normativa del SECA.

Así, hemos podido constatar, que si bien es verdad que diversos factores han dificultado el ejercicio del asilo en el contexto de la Unión Europea, y en varias ocasiones los Estados miembros han ido en contra de los principios fundamentales de dicha organización, hemos visto también síntomas de mejoría por lo menos en las medidas programadas para un futuro próximo.

En este sentido, con el Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo, parece retomarse el camino iniciado en Tampere hacia la construcción de un “auténtico espacio europeo de justicia”, en el que, “no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a personas y empresas ejercer sus derechos o las disuada de ejercerlos”⁹.

Finalmente, las diversas herramientas de investigación, así como los conocimientos obtenidos en el estudio de los anteriores marcos legales y de los organismos internacionales referidos anteriormente, nos permitieron desarrollar un análisis sobre el sistema nacional de asilo en España, guiados por los sectores doctrinales más representativos y por el trabajo de instituciones y organizaciones de índole nacional, tales como el Defensor del Pueblo y CEAR. De tal suerte que en España, fue posible evaluar las diferentes etapas en que se ha desarrollado el derecho de asilo, marcadas a través de diferentes leyes nacionales.

Así también, pudimos constatar el grado de interferencia de la normativa comunitaria, del marco jurídico del Consejo de Europa y del marco jurídico elaborado en el contexto de las Naciones Unidas sobre el sistema español de asilo.

⁹ .Vid. Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de octubre de 1999.

En cualquier caso, hemos procurado demostrar hasta qué punto la intervención de la Administración pública, por vía reglamentaria o de hecho, es determinante para el disfrute o el goce del contenido esencial del derecho de asilo.

CAPÍTULO I.

I. El Marco histórico del derecho de asilo.

Antes de adentrarnos en el estudio del derecho de asilo, tal como hoy lo conocemos y analizar los diferentes problemas que se suscitan en cuanto a su real ejercicio, parece necesario detenerse brevísimamente en una puntual visión de sus orígenes históricos. Así, es posible constatar que el asilo en su génesis, era una figura con un matiz netamente religioso, cuyo objetivo era ayudar y proteger a las personas perseguidas por las fuerzas civiles. Por ello, la doctrina en términos generales al hacer referencia a los orígenes del asilo, se remonta a pasajes bíblicos e interpretaciones teológicas, más que antropológicas.

En estudios cronológicos realizados sobre la materia, nos encontramos con la figura del asilo en varias modalidades, de las cuales se encuentran vestigios en fuentes hebreas, cristianas, patrísticas y canónicas, entre otras. De esta forma, en las denominadas “*tres religiones del libro*”,¹⁰ consideradas junto con la Grecia clásica como la base de la cultura europea, identificamos valores como el deber de hospitalidad, de amparo al desprotegido y de generosidad.

En la Grecia clásica ésta figura alcanzó un alto grado de desarrollo, conocida con el nombre de “*asylon*”, que significa inviolable¹¹. En las leyes de Platón encontramos la base de dicha figura, donde destaca el “deber de hospitalidad,” al que los ciudadanos nacionales se sujetaban para con los extranjeros que se viesan desprotegidos por razón del aislamiento, por parte de

¹⁰.BODELÓN, Gloria, “La Política de Asilo en el Tercer pilar de la Unión Europea”, en: “El tercer Pilar de la Unión Europea. La cooperación en asuntos de justicia e interior”, Secretaria General, Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, España, 1997, pp. 97 y ss. Véanse algunos ejemplos citados por la autora, como los siguientes: “a). *Puesto que dios mismo ha prestado auxilio y protección*; b). *Mahoma: Allah te ha encontrado huérfano y te dio reposo*; c). En el cristianismo: *el haber asistido al extranjero es condición de salvación, ya que en el juicio final dios llama a los bienaventurados a su derecha diciéndoles: anduve como forastero y me disteis alojamiento*”.

¹¹.Diccionario de la Real Academia de la lengua Española, vigésima segunda edición, disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=asilo, última visita, el 1 de enero de 2011.

sus compatriotas o familiares en su país de origen. Así, eran calificadas de faltas graves aquellas cometidas contra el huésped extranjero en aquel País.

En la antigua Roma, aún cuando el asilo existía, no tenía el mismo significado que en Grecia, pues según parece los romanos no eran muy afectos a mantener sitios de refugio donde se concediera impunidad a los criminales. Solo los gobernadores de Oriente con notable influencia griega reconocían la institución del asilo¹².

I.1. El derecho de asilo religioso como antecedente del derecho de asilo territorial.

En la historia del asilo, se pueden distinguir diferentes clasificaciones, tanto por el lugar material donde se da la protección, como por razón de la fuerza que brinda dicha protección al perseguido. Resulta interesante el análisis de la concepción del asilo cristiano-ecclesial, el cual es el más aceptado en la doctrina como el antecedente más notable del derecho de asilo político o territorial, por recoger en su forma rasgos de modelos anteriores, como el griego, el romano o el hebreo, por estar cimentado en la moral evangélica y “principios y acciones de Cristo”, como: el perdón, la protección y misericordia¹³.

Para algunos el cristianismo “universaliza”¹⁴ la práctica del asilo, pues con esta labor la Iglesia recoge y protege en sus templos a los perseguidos, sin

¹².TRUJILLO HERRERA, Raúl, “La Unión Europea y el Derecho de Asilo”, ed. DIKYNSON, S.L, Madrid, 2003, p. 41.

¹³.RICO ALDAVE, Hipólito, “El derecho de Asilo en la Cristiandad, fuentes histórico-jurídicas”, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2005, pp. 39 y ss. Encuéntrase en esta obra un rico trabajo de investigación a cerca de las fuentes históricas del derecho de asilo, en especial de las modalidades religiosas, que al parecer del autor, constituyen la base de la actual institución del asilo y de las cuales se desprenden los elementos morales configuradores del mismo, en la concepción de la cultura occidental de extensión básicamente europea. Se considera aquí, que el asilo cristiano-ecclesial se encuentra en la actualidad transmutado como un derecho fundamental.

¹⁴.GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, “Derecho de asilo y <<no rechazo>>del refugiado”, ed. DYKINSON, Madrid, 1997, p. 54.

afán de oponerse a la justicia del hombre, sino de evitar un castigo desproporcionado, objetivo fundamental que trascenderá en la institución del asilo, entre otros hasta nuestros tiempos. Se trataba pues, de personas que en su mayoría habían cometido algún tipo de ilícito, es decir, delincuentes comunes que en algunos casos, al no existir pruebas irrefutables de los hechos que les eran imputados, en los templos se beneficiaban de la duda. De igual forma, encontraban refugio los perseguidos que hubiesen cometido un delito sin intención o por imprudencia.

Esta figura fue transmitida por la piedad popular y por tradición apostólica y patristica, en un primer momento de forma de costumbre social, que más tarde iba a adquirir naturaleza jurídica, con leyes a partir de los siglos IV y V en el ámbito eclesial y secular, manteniéndose en la Cristiandad hasta nuestros tiempos¹⁵, en que sus valores esenciales se encuentran transmutados en distintos marcos legales, tanto nacionales como internacionales.

De esta manera, se considera esta modalidad del asilo una de las referencia más importante en los últimos 2000 años y por su coincidencia con el derecho a la vida y a la integridad, se ha convertido desde entonces en un instrumento extraordinariamente valioso para lo que hoy entendemos como la defensa de los derechos humanos. De tal suerte que el asilo, desde su origen y en sus diversas formas, religiosas o seculares, jurídicas y políticas, se ha considerado como una institución que ha contribuido en gran medida a perfeccionar la justicia, abolir la pena capital y los castigos corporales inhumanos o degradantes, configurándose como primer cobijo de las personas perseguidas y apaciguando la venganza que los apremiaba.¹⁶

En la actualidad el asilo cristiano-eclesial ha caído en desuso, lo cual se debe al crecimiento del monopolio del Estado, sobre la impartición de justicia e imposición de las penas, en el ámbito de una sociedad democrática en la que rige el estado de Derecho.

¹⁵.Ibídem.

¹⁶.RICO ALDAVE, Hipólito, op. cit., pp. 24 y ss.

Hoy en día la institución del asilo, configurado también como refugio, tiene un enorme desafío en el ámbito internacional, principalmente debido a la aparición de migraciones masivas de personas por diversos fenómenos, situación que tendremos oportunidad de analizar.

I.1.1. La consolidación del Estado moderno, la degradación del poder eclesiástico y el desvanecimiento de las instituciones religiosas. El fuero universitario medieval como ejemplo catalizador por su similitud con el asilo religioso.

Ya hemos visto que el original asilo religioso, desapareció con el resurgir del Estado, pero en esta misma línea en referencia a los antecedentes del asilo tal como hoy lo conocemos, parece oportuno mencionar, la existencia de una figura que guardaba cierta similitud con el asilo religioso, entre otras cosas, porque ambas contaban con el respaldo de la iglesia católica y por tanto compartían un espacio común en los inviolables templos religiosos. Es el caso del fuero universitario¹⁷, el cual tiene su origen en las universidades medievales, en el periodo en que la enseñanza giraba en torno a la Iglesia, cuando el acceso a la cultura y las ciencias significaba tener que incorporarse a la familia eclesial¹⁸. En este sentido, puede ser un ejemplo muy ilustrativo respecto de la transición de las instituciones religiosas hacia la competencia estatal.

En efecto, en las escuelas episcopales o catedralicias se gozaba de un altísimo estatus, las llamadas *collegia scholastica*, consideradas el germen de la universidad actual¹⁹, era donde se formaban los frailes, sacerdotes y otros clérigos que más tarde se convertirían en los dirigentes y administradores de

¹⁷.Debemos precisar, que nos referimos al <fuero universitario> del Medievo, como una especie del género del <fuero eclesial> en dicha época.

¹⁸.MADRAZO Jorge, "El sistema disciplinario de la Universidad Nacional Autónoma de México", Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 1980. pp. 13 y ss.

¹⁹.Ibídem.

los ministerios de culto religioso, sitios donde gozaban de inmunidad frente al poder público del Estado.

Para aproximarnos al concepto de fuero universitario, haremos un breve análisis de los elementos que lo componían. Así en principio, la palabra fuero del latín “*fórum, foro*”²⁰, significa jurisdicción o poder, concebido como el fruto de un privilegio concedido por un ente superior. En su primera acepción se encuentra íntimamente relacionado con el poder eclesial o secular, no obstante la historiografía ha definido toda una familia de fuero²¹, la cual tradicionalmente se caracterizaba por ser, territorial o personal. Era concedido por razones históricas y se apartaba del régimen jurídico general, particularmente en materia sucesoria, familiar y de la propiedad²². Debido a los intereses de nuestra investigación, nosotros nos referimos al fuero universitario, entendido como una especie del género, que en todo caso sería el fuero eclesial en el Medievo.

Por otro lado, el concepto de universidad, pertenece a la familia de vocablos que en la Edad Media se utilizaron para referirse a agrupaciones de distinta naturaleza junto con, *civitas, corpus, congragatio y conventus*, por citar algunos. Ahondando un poco más, encontramos que el tecnicismo jurídico <*universitas*>, fue utilizado en principio para referirse a un determinado grupo de personas, <*universitas personarum*>, o de cosas, <*universitas rerum*>. Más tarde se emplearía solo *universitas*, para referirse a personas y cosas.

²⁰.Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda ed., disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fuero. Última visita, el 12 de julio de 2010.

²¹.Para profundizar en el tema, Véase a SERRANO GARCÍA, José Antonio, “La Comunidad Autónoma de Aragón y su Derecho Civil Foral”, Revista de Derecho Privado y Constitución del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n° 1, enero/diciembre de 1983 pp. 178 y ss.

²².En este sentido se puede constatar, por ejemplo en: la Compilación del Derecho civil de Aragón; Compilación del Derecho civil de Baleares; Compilación del Derecho civil de Cataluña; Compilación del Derecho civil de Galicia; Compilación del Derecho civil foral de Navarra; Compilación del Derecho civil foral de Vizcaya.

Finalmente, se utilizó *universitas* para denominar a una asociación de maestros, de alumnos o de ambos²³.

Las universidades medievales cumplían con una obra altamente cualificada, por lo cual las autoridades otorgaban a los gremios de estudiantes y maestros, fueros, libertad y privilegios, que las primeras justificaban por realizar la invaluable labor de hacer y enseñar conocimiento.

Las universidades de Bolonia, París y Oxford, son consideradas las más importantes de la Edad Media y fueron el modelo a seguir para las demás universidades que aparecerían por el resto de Europa, las cuales, a demás de consolidarse como organizaciones de maestros y estudiantes, también tenían en común el mismo fuero ante la autoridad del Estado, que consistía básicamente en la constitución de un “poder judicial universitario”, o jurisdicción interna, que conocía tanto de una deuda, como de una falta escolar o un delito.

Algo similar a lo ocurrido en el asilo religioso, con el papel que jugaba el sacerdote al sustituir a la autoridad civil, imponiendo penitencias religiosas en lugar de castigos civiles desproporcionados. El fuero universitario fue concedido por la autoridad eclesial y consentido por la autoridad del Estado, este también era un rasgo en común con el asilo religioso.

Dicha figura se concretó con la configuración de un juez académico permanente, que normalmente era el Rector de la institución, el cual juzgaba e imponía los castigos a los universitarios, siempre y cuando estos últimos aceptaran someterse a esa jurisdicción especial y no a la del Estado²⁴.

²³.MADRAZO Jorge, op. cit., pp.14 y ss. En este sentido nos dice el autor que la institución del <*Studium Generale*>, es uno de los antecedentes más claros de la Universidad, no obstante, fue hasta el siglo XIII, en una decretal de Inocencio III con el título <*Scholaribus Parisiensibus*>, cuando se hace referencia a la <*Universitas Magistrarum*> y, en 1221 se expide el primer diploma universitario con la leyenda: “*Nos Universitas Magistrorum et Scholarium Parisiensium*”.

²⁴.El fuero universitario no tenía las mismas características en las todas las universidades del Medievo y en el caso de la Universidad de Bolonia en Italia, o la Universidad alemana de la época, la nacionalidad de los estudiantes era determinante para el funcionamiento de la jurisdicción universitaria, puesto que los alemanes tenían un fuero, aún más selectivo.

En la Universidad de Salamanca fundada en 1218 nos encontramos con un fuero universitario más consolidado. En la primera etapa del fuero universitario salmantino, las faltas o delitos cometidos por los estudiantes, eran juzgados por las autoridades universitarias, siempre que no se tratara de pleitos de sangre o justicia criminal; esto último estaba reservado a las autoridades del Estado. Posteriormente el ámbito de aplicación del fuero universitario creció considerablemente, sobre todo en lo que se refiere a la jurisdicción civil y penal.

Entre el periodo de 1276 y 1391, el privilegio del fuero se extendió en razón de los sujetos, e incluso se vieron beneficiados los familiares de los estudiantes. Parece ser, que debido a lo anterior, se produjo un abuso del fuero universitario, de forma que muchas personas llegaron a matricularse en la universidad, solo para evadir la justicia Real y de esta manera algunos pseudouniversitarios, se escudaban en este privilegio para cometer sus fechorías y causar graves estragos sociales. Esta situación no tardo en extenderse a otras universidades, como la de Alcalá de Henares, Zaragoza o Lérida²⁵.

En 1492, como consecuencia del uso abusivo del fuero universitario, se tomaron algunas medida para limitarlo territorialmente. Así lo revela la Real Pragmática de 17 de mayo de ese año, en la cual los Reyes Católicos²⁶ establecieron que las autoridades universitarias, conocerían de las causas y negocios académicos dentro de un radio de cuatro dietas, equivalentes a diez leguas y, debían tener como punto de partida, el territorio ocupado por la universidad.

El fuero universitario perduró algunos siglos más, con altibajos y amplia controversia. En los años 1600, 1767 y 1772, se ratificó su prevalencia a través de Cartas Reales, al igual que otros privilegios de que gozaba la comunidad universitaria de Salamanca, al igual que otras universidades españolas.

²⁵.MADRAZO, Jorge, op.cit., p.26 y ss.

²⁶.Ibídem, p. 27.

Más tarde el fuero eclesial, iba a conseguir mención constitucional en España, al establecerse literalmente en el artículo 249, de la Constitución de Cádiz de 1812²⁷, lo siguiente:

“Los eclesiásticos continuarán gozando del fuero de su estado, en los términos que prescriben las leyes o que en adelante prescribieren”.

Lo dicho nos hace pensar, que el reconocimiento del fuero eclesial y la enorme influencia de la Iglesia sobre el Estado, mantendrían los privilegios de la comunidad universitaria, por ser parte de la familia eclesial.

Finalmente, se sabe que este modelo de fuero universitario trascendió a las universidades latinoamericanas, donde las órdenes monásticas continuaron instruyendo a los clérigos, para el mantenimiento de sus monasterios²⁸. Con el tiempo, como sucedió con el asilo religioso, el fuero universitario se fue debilitando conforme la administración del Estado se extendía y consolidaba, mientras que la Iglesia perdía potestades.

El fuero universitario y el asilo religioso, tienen en común la fuerza protectora de la Iglesia, en la cual los perseguidos encontraban refugio y protección bajo el cobijo de sus templos, aunque por distintas razones y circunstancias.

Los sujetos del fuero universitarios, eran por lo general personas pertenecientes a la elite intelectual, y como hemos dicho antes, eran parte de la familia clerical, destinadas a ser personas influyentes en las sociedades de aquellas épocas; en cambio, los sujetos del asilo religioso, eran en un principio, mayoritariamente delincuentes comunes, de la clase social más baja.

²⁷.Cfr. La Constitución de Cádiz de 1812.

²⁸.Al parecer el primer convento en que se reunieron con estos fines los novicios, fue en el de San Francisco de México. En 1540, se organizaron los estudiantes de Xochimilco y Tulancingo, posteriormente los de Toluca y Puebla. Véase a, MADRAZO Jorge, op. cit., p. 31.

Por su parte el asilo religioso, tiempo después se configuró como un derecho concedido directamente por la Corona en países monárquicos, o bien por el Poder soberano de los Estados, del cual se han beneficiado perseguidos por diversas causa, tal y como podremos ver enseguida. Mientras que el fuero universitario, una vez que las Universidades se tornaron independientes del clérigo²⁹, vendría a sustentarse en la autonomía conquistada por las mismas frente al poder público del Estado.

I.2. La transición del asilo religioso a una institución política o estatal de derecho.

Ya hemos visto que la influencia y el poder de la Iglesia fueron factores determinantes en el ejercicio del asilo religioso, así como lo fueron en otras instituciones clericales a las que el poder público del Estado le guardaba ciertas consideraciones. En este apartado, nos parece necesario señalar ciertas eventualidades históricas que pueden ser interpretadas como señales claras de la aparición del asilo como una institución político-jurídica, evolución que es atribuida a la aparición de los primeros Estados modernos a finales del siglo XVI y principios del siglo XVII. Siguiendo a LÓPEZ GARRIDO, conforme se van “laicizando”³⁰ las instituciones públicas, se va dibujando una figura de asilo más próxima a la actual. Sin embargo para un sector doctrinal, este fenómeno no significó la desaparición del asilo religioso, pues se piensa que se seguía practicando cada vez con menos frecuencia durante un periodo de transición, hasta su desuso total³¹.

Así, el derecho de asilo fue consolidándose en Europa como una institución clave para la futura construcción de sociedades democráticas, en este sentido, es posible vincular desde entonces al asilo o refugio con la

²⁹.Existen universidades católicas hoy en día, sin embargo estas por lo general ya no poseen privilegio de esta naturaleza, formalmente hablando, o que sean de mayor importancia que los que poseen las universidades públicas en los Estados laicos.

³⁰.Término empleado por, LÓPEZ GARRIDO, Diego, “El derecho de asilo”, Ed. Trotta, S.A, Madrid, 1991, p. 8;

³¹.Véase por todos a RICO ALDAVE, Hipólito, op. cit. pp. 25 y ss.

libertad de culto y la libertad de expresión³². Un ejemplo representativo, son los sucesos que tienen origen en la Reforma protestante iniciada en Alemania en 1517, que iba tener influencia en gran parte de Europa. Así, mas tarde dicho fenómeno se reflejaría particularmente en Francia con el “Edicto de Nantes” firmado por Enrique IV en 1598, a través del cual se autorizaba la libertad de culto. Sin embargo, dicho Edicto fue revocado en 1685 por Luis XIV, quien desterró a 250.000 franceses denominados “*hugonotes*”, antiguo nombre otorgado a los protestantes franceses de doctrina calvinista, que fueron perseguidos en Francia y en otros países como España o Gran Bretaña, donde se les denomino <Refugiados>³³. Este término se emplearía para referirse a “extranjeros inocentes que compartían los valores del país de acogida, valores que no fueron respetados por el país de procedencia”³⁴.

Más tarde la Constitución Francesa de 1793 (producto de una revolución fructífera en idealismo liberal) se convirtió en la referencia del origen del asilo político, puesto que proclama por vez primera el derecho de asilo para aquel extranjero que fuese perseguido por <causa de la libertad>, concepto global en ese entonces, que venía a considerase en múltiples acepciones. A tales efectos, el artículo 120, nos dice que: “*Il donne asile aux étrangers bannis de leur patrie pour la cause de la liberté. Il le refuse aux tyrans*”³⁵.

De esta forma entendida, la libertad tendría que ser la causa de su destierro o persecución. Un sector de la doctrina, explica que en su momento se reprochó la omisión en dicho texto de otras causas que dieran lugar explícitamente al derecho de asilo. Sin embargo en el preámbulo y articulado inicial, se puede observar un concepto de libertad en un sentido bastante

³².Vid. LEHUGEUR, Paul, “la Revocación del Edicto de Nantes”, Historia de Francia en 100 cuadros, disponible en: <http://www.frenchhistory.net/es/076.php>. última visita, 14.10.2009. Véase también, “la historia y reflexiones sobre los hugonotes”, en “Historia para el debate digital”, disponible en: <http://historiaparaeldebate.blogcindario.com/2008/05/00171-los-hugonotes.html>. Última visita el 14.10.2009.

³³.ACEVEDO ALVEAR, Carlos, “Manual de historia de la cultura”, Ed. Limusa, Noriega Editores, México D.F, 2004, pp. 448 y ss. Véase esta obra para profundizar en el tema.

³⁴.LÓPEZ GARRIDO, Diego, op. cit. p.8.

³⁵.Cfr. Acta constitucional francesa de 24 de junio de 1793.

amplio, que sienta las bases de los derechos del hombre y solo son equiparables la igualdad y la seguridad.

Llegando más lejos, en su artículo 6, se define la libertad como:

*“La liberté est le pouvoir qui appartient à l'homme de faire tout ce qui ne nuit pas aux droits d'autrui : elle a pour principe la nature ; pour règle la justice ; pour sauvegarde la loi ; sa limite morale est dans cette maxime : Ne fais pas à un autre ce que tu ne veux pas qu'il te soit fait”*³⁶.

Es decir, se entiende como el poder que pertenece al hombre de hacer todo aquello que no perjudique a los derechos de los demás, su límite moral se expresa en la máxima, *“No hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti”*. En acto seguido se refiere el siguiente artículo a la libertad de expresión, al libre ejercicio de los cultos y la libertad de reunión pacífica, que bien pudieran comprenderse dentro del aquél término abstracto de <libertad>.

Para algunos se trata, de un derecho de asilo de la persona, que se desprende de los ideales revolucionarios.³⁷ Lo cual nos hace pensar que en medio de aquel ímpetu de la victoria, crecía el ánimo de garantizar cuanto derecho fuera posible, sentimiento que iba más allá de la Declaración en sí misma.

Conviene subrayar que la constitución de 1793 nunca entro en vigor, debido a los movimientos posrevolucionarios que agitaron la República Francesa, y no fue hasta 1946 cuando se retomaron las tareas sobre el asilo con rasgos muy marcados del espíritu liberal revolucionario³⁸.

Por otro lado, es importante no perder de vista, como en la transición del asilo religioso al asilo estatal o político, cambió no solo la semántica del concepto, si no también, los sujetos del mismo. En un principio la protección del

³⁶.Ibídem.

³⁷.TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit, p. 48.

³⁸.Ibídem.

asilo religioso era concedida mayoritariamente a delincuentes comunes y, de manera aislada perseguidos políticos, hasta quedar invertido totalmente el amparo para estos últimos con la consolidación del asilo otorgado por los Estados. En efecto, el asilo que otorga el Estado era más selectivo, y el ejemplo más representativo, es el mismo que utilizamos líneas arriba, es decir la Constitución francesa, que solo otorgaba asilo a los extranjeros desterrados o perseguidos por causa de la <libertad>. Pero así también, pueden citarse algunos Estados de orbita comunista que concedían el asilo a los perseguidos “en atención a que hayan combatido en interés de los trabajadores y de la causa de paz (...)”, según dice el artículo 38 de la Constitución de la URSS de 7 de octubre de 1977”³⁹.

Un último ejemplo en fechas más recientes, que avala y sintetiza lo antes dicho, es la ley española 5/1984 de 26 de marzo⁴⁰, la cual nos dice en la exposición de motivos que:

“El derecho de asilo en su dilatada historia ha transformado el ámbito de protección. Si en un principio beneficiaba sólo a los delincuentes comunes y nunca a los políticos, desde finales del siglo XVIII la tendencia se invierte, de modo que en la actualidad solo protege a los perseguidos políticos, entendida esta expresión en sentido amplio (raza, religión, nacionalidad etc.)”.

De esa forma, la transición de la institución del asilo ha sido lenta y difusa, en sintonía con la consolidación de los Estados nacionales. Sin embargo ha sido en el siglo XX cuando la configuración del asilo cobró vital importancia y trascendió en el derecho internacional público entendido como refugio. De tal suerte que en ese escenario, no solo encontramos perseguidos políticos por causa de la libertad, de acuerdo con la clásica concepción

³⁹.Vid. La Constitución de la URSS de 1977, artículo 38: “La Unión Soviética concede el derecho de asilo a los extranjeros perseguidos por defender los intereses de los trabajadores y la causa de la paz, por participar en el movimiento revolucionario y de liberación nacional, por sus actividades progresistas sociopolíticas, científicas u otras actividades creativas”. Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/827/11.pdf>, última visita el 10.03.2011.

⁴⁰.GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, op. cit., p 56.

francesa; o por los ideales de la clase obrera, defendidos por países comunistas. Sino que además se han comprendido nuevas formas de persecución que merecen asilo o refugio en los términos del derecho contemporáneo nacional e internacional.

I.3. El derecho de asilo en la primera mitad del siglo XX, como una institución de conciencia internacional a favor de los derechos humanos.

En los inicios del siglo XX, el grupo más representativo de refugiados eran personas desplazadas principalmente, en el contexto europeo, a causa de la guerra. Iniciándose con tales acontecimientos el que ha dado en llamarse el siglo de los refugiados. De tal modo que la exacerbación de la intolerancia y destrucción entre los pueblos, origino uno de los mayores desplazamientos de personas en la historia de la humanidad.

En este contexto, el resquebrajamiento de un mundo dominado por grandes imperios con apenas cuatro decenas de Estados independientes⁴¹, recién entrados en el siglo XX, significó para algunos el ocaso de un Derecho Internacional clásico, donde los protagonistas indiscutiblemente eran los países fuertes económicamente.

Esta profunda crisis, da nacimiento al Derecho Internacional Público contemporáneo, caracterizado -por lo menos en apariencia- por su humanización y por su deseo de fomentar el desarrollo de los pueblos, pero sobre todo por la inserción del individuo como sujeto de derecho internacional⁴².

Con el final de la primera guerra mundial, la “autodeterminación de los pueblos” se había convertido en un “dogma político”. De esta forma, el Papa

⁴¹.TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 52 y ss. Véase en este sentido la concepción del mundo en dominio de los imperios otomanos por el sudeste europeo, el austro-húngaro en centro Europa y los Balcanes y el ultramar europeo, asentado en casi la mitad del planeta.

⁴².En este sentido, RIDRUEJO PASTOR, José A. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Ed. Tecnos, undécima edición, Madrid, 2007, p. 257 y ss.

BENEDICTO XV a través de un mensaje, pide a los soberanos de los Estados beligerantes el 1 de agosto de 1917, “que la regulación de las cuestiones territoriales <<tomen en cuenta las aspiraciones de los pueblos>> en la medida de lo justo y de lo posible”⁴³.

En esta misma línea, el Presidente norteamericano WILSON, en su discurso ante el Congreso el 11 de febrero de 1918, sostuvo que <<los pueblos y provincias no deben ser intercambiados como mercancías o fichas de juego>>. Y en su discurso de *Mont Vernon*, de 4 de julio de 1918⁴⁴, pidió que <<todas las cuestiones territoriales fueran resueltas sobre la base de la libre aceptación por las poblaciones directamente afectadas>>, con lo cual resulto sensiblemente fortalecido en el Derecho Internacional Público el concepto de “autodeterminación de los pueblos,”⁴⁵ lo que debía suponer el fomento de respeto entre las naciones y mantendría la paz en Europa. Este concepto fue más tarde retomado expresamente por la Carta de las Naciones Unidas y se consagró como el derecho más importante de los pueblos. Con otros derechos como el de “expresión de la voluntad”, la “autodeterminación de los pueblos” configuraba la base de la soberanía estatal⁴⁶, lo que vendría a ser la piedra angular del asilo territorial, debido a que sólo desde esta concepción del Estado se puede obtener la anhelada protección frente a otros.

Al final de la primera Guerra Mundial, la recién nacida Sociedad de Naciones -en 1919⁴⁷-tenía una amplia agenda relacionada con los problemas que provocaban las emigraciones y desplazamientos en toda Europa y parte de Asia, principalmente con los colectivos rusos provenientes de la revolución y contrarrevolución, como consecuencia de los hechos acontecidos en aquel país

⁴³.ÁLVARES LODOÑO, Luís Fernando, “Historia del derecho internacional público”, Estudios de derecho internacional 3, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, pp. 131 y ss.

⁴⁴.Ibídem.

⁴⁵.Ídem. Aún cuando dicho principio no fue contemplado en el Pacto de la Sociedad de Naciones, para algunos este se manifestó en el marco jurídico establecido para las colonias vencidas, como Alemania y Turquía.

⁴⁶.Ídem, p. 277.

⁴⁷. Véase la página de información del ACNUR, visitada el día 22 de octubre de 2009, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=374

entre el periodo de 1917 y 1920. Aproximadamente dos millones de refugiados rusos, sin contar otros colectivos desplazados por hambruna y disturbios políticos, representaban el principal problema para los organismos internacionales especializados en la materia.

A partir de ese momento, comenzó una gran labor por parte de la comunidad internacional a favor de las minorías y desplazados. Consecuentemente fueron celebrados otros convenios que contribuyeron a la configuración de un Derecho Internacional Público, capaz de soportar una situación predeciblemente más grave, con el estallido de una Segunda Guerra Mundial, donde el número de desplazados y refugiados iba a aumentar considerablemente, alcanzando cifras estimadas hasta en treinta millones de personas⁴⁸.

De esta manera, los esfuerzos de la comunidad internacional se concentraron en la configuración de un marco normativo supranacional, donde se abordarían cuestiones sobre derecho humanitario, organismos protectores de derechos humanos y organizaciones internacionales para los refugiados.

I.3.1. El derecho de asilo durante las guerras europeas y su protagonismo en el nacimiento de distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

En el periodo entre la década de los veinte y el inicio de la SGM, la comunidad internacional tenía en los refugiados uno de sus problemas principales. En este contexto se celebró una conferencia en París en 1921, a fin de establecer la figura del Alto Comisionado para los Refugiados, quien se encargaría de resolver prioritariamente el problema de los refugiados rusos y armenios, provenientes de los conflictos seguidos de la Primera Guerra Mundial. Para dicho cargo fue designado el Dr. FRIDTJOF NANSEN, que en

⁴⁸.TRUJILLO HERRERA, Raúl, op cit., pp. 58 y ss.

ese entonces representaba a Noruega ante la Sociedad de Naciones y de manera inmediata comenzó las tareas de repatriación de los refugiados⁴⁹.

Al año siguiente, en una Conferencia celebrada en Ginebra, se creó un documento de identidad conocido como “*pasaporte Nansen*”, que fue reconocido por 54 países y al principio sirvió para dotar de identidad al colectivo ruso y más tarde a los refugiados armenios, con la finalidad de controlar sus movimientos; pensando primero en su establecimiento temporal y después en su repatriación⁵⁰.

Sin haber culminado las labores conforme a lo planeado en anteriores misiones con refugiados, fueron apareciendo nuevos colectivos por diferentes motivos, como es el caso de los exiliados italianos a causa del ascenso al poder de un movimiento político totalitario, abanderado por Benito Mussolini y conocido por fascismo. O bien, los conflictos entre Grecia y Turquía, que arrojaron cifras estimables en un millón de refugiados.

Para 1933 se habían generado nuevos problemas con los judíos y los perseguidos por motivos raciales en Alemania, unos al ser desterrados y otros tantos que se habían marchado por propio deseo a consecuencia de las atrocidades cometidas por el nazismo, consolidado como un movimiento de carácter pangermanista, fascista y antisemita⁵¹. Para agudizar el problema, Alemania, aún como miembro de la Sociedad de Naciones, se opuso a que la Oficina *Nansen* prestara asistencia a estos colectivos, argumentando que eso significaba una intromisión en los asuntos internos del país. De tal modo que en 1933, la Sociedad de Naciones creó una oficina especializada para los refugiados alemanes con sede en Londres, otorgándole cierta independencia

⁴⁹.MUÑOZ AUNIÓN, Antonio, “Política común europea de derecho de asilo”, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2006, p. 19.

⁵⁰.En este sentido, MARTÍN ARRIBAS, JJ. “Los estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, 2000, p. 51 y ss.

⁵¹.Real Academia de la lengua española, Vigésima segunda ed., disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=fuero. Última visita, el 12 de julio de 2010.

para evitar conflictos diplomáticos con Alemania, pero en perfecta coordinación con dicha organización de países. Para dirigir esta oficina en Londres, fue designado el estadounidense JAMES C. MC DONALD, y a tal efecto fue nombrado Alto Comisionado para los Refugiados Alemanes. Dos años más tarde MC DONALD renunció al cargo, asumiendo la dirección de dicha oficina londinense SIR NEIL MALCOLM, quien fue el responsable hasta 1938 y fuese también el encargado de los refugiados austriacos.

Poco tiempo más tarde, la Sociedad de Naciones suspendió las actividades de la Oficina *Nansen* y de la Oficina en Londres para los Refugiados Alemanes. En efecto, en 1939 es nombrado un nuevo Alto Comisionado para estar al frente de una nueva Oficina también con sede en Londres, que asumiría la responsabilidad de manera global⁵².

Un año antes, se celebró en Evian, una conferencia a iniciativa del presidente norteamericano FRANKLIN ROOSEVELT, con una convocatoria de treinta y dos gobiernos, para así dar vida al “Comité Intergubernamental para los Refugiados”-conocido por sus siglas en inglés IGCR-. Fue encomendado a dicho comité, las labores relacionadas con todas las personas que fueran a emigrar por motivo de sus opiniones políticas, creencias religiosas u origen racial, incluyendo las que ya lo hubieran hecho por estas mismas razones. De dicha tarea subrayamos el empleo, como criterio universal, de “*temor de la persecución*”⁵³, término que no perderemos más de vista.

Aparentemente sin mucho cambio, en 1947 la actividad realizada por el Comité Intergubernamental para los Refugiados, fue asumida por la “Organización Internacional para los Refugiados”⁵⁴ (conocida por sus siglas en inglés OIR) la cual administraba una red de campos en Austria, Alemania e Italia, donde se expedía un documento de identidad en forma de certificado,

⁵². Véase la página web de información del ACNUR, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=374. Última visita el 22.10.2009.

⁵³. TRUJILLO HERRERA, Raúl, op cit., p 57.

⁵⁴. Ibídem.

denominado “*Certificate of Eligibility*”⁵⁵. De esta manera se continuaron las tareas de asistencia y auxilio para los refugiados, sin embargo, aún se veía lejos la posibilidad de dar solución definitiva al fenómeno.

I.4. El derecho de asilo en el nacimiento de una nueva conciencia internacional. Las Naciones Unidas y el respeto a la dignidad intrínseca de la persona y sus derechos fundamentales.

En este apartado, conviene señalar aún puntualmente, algunos acontecimientos trascendentales después de las atrocidades ocurridas el continente europeo con la SGM, considerada como el conflicto armado más catastrófico y sangriento en la historia universal.

Una vez conseguida la Paz en el continente europeo, se sentía la obligación moral en la comunidad internacional en general, y particularmente en Europa, de ir en busca de un soporte legal supranacional que diera garantías sobre el respeto de los derechos fundamentales básicos en el futuro. De esta manera en 1945 un número impórtate de Estados europeos, acudieron a la celebración de una Conferencia en la ciudad de San Francisco, EE.UU donde se constituyó el 26 de junio de ese año, la organización de Estados más importante en la historia del derecho internacional; que establece como sus principales propósitos en su Carta constitutiva, mantener la paz en el mundo y la seguridad internacional. Así, en adelante íbamos a conocer a “*Las Naciones Unidas*”⁵⁶.

A partir de entonces, los Estados adelantaban pasos hacia la transformación de sus relaciones internacionales, situando al ser humano en una posición central, como un sujeto titular de derechos. Primero, en el Preámbulo de la mencionada Carta reafirmando la “fe en la dignidad y el valor

⁵⁵.Cfr. ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, párrafo 33.

⁵⁶.Vid. Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, San Francisco California, EE.UU, preámbulo.

de la persona humana”; y segundo, estableciendo en el artículo 1.3, de ese texto como Propósitos de la organización, “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

De tal suerte que el modo en que un Estado trate a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, se iba a regular por el Derecho Internacional, suponiendo esto un límite al poder político del Estado soberano. Con lo cual, siguiendo al Profesor CARRILLO SALCEDO, si bien los derechos humanos no desplazan a la soberanía del Estado, esta última “ha sido erosionada y relativizada”⁵⁷; lo que en opinión del citado profesor, se trata de un choque entre principios constitucionales del pasado (la soberanía del Estado) y principios innovadores (los derechos humanos) que coexisten e interaccionan recíprocamente. Sin embargo no ha sido fácil para la comunidad internacional asimilar su compatibilidad, de tal suerte que “la densidad de los derechos humanos sea mayor en el plano de los principios y de las normas que en el de los mecanismos institucionalizados de protección y garantía”⁵⁸.

En este contexto, la nueva organización de países (que se iba a distinguir internacionalmente por su acrónimo “ONU”), como complemento natural de su constitución elaboraría la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), aprobada el 10 de diciembre de 1948, proclamando como principios básicos, la libertad y la justicia⁵⁹. De esta manera “La justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la FAMILIA humana”.

El derecho de asilo fue contemplado en el artículo 14 de dicha Declaración como un derecho humano, al afirmar que:

⁵⁷.CARRILLO SALCEDO, Juan A. “Los derechos humanos y la paz: hacia una relectura de la noción de Estados civilizados”, Revista TIEMPO DE PAZ, nº100, primavera 2011, p. 102.

⁵⁸.Ibídem.

⁵⁹.Vid. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, preámbulo.

“1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier País.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

El artículo transcrito representa para algunos “el fundamento ético asociado a los derechos humanos en la Declaración⁶⁰”. No obstante, también se observa cierta falta de compromiso por parte de los Estados, puesto que de un anterior proyecto sobre el mismo artículo, se desprendía “el derecho a obtener asilo”, pero tal como ha quedado estipulado, las personas solo tienen derecho a buscar y disfrutar el asilo, reservando a la discrecionalidad del Estado con base en su soberanía, la facultad de concederlo.

Ahora bien, a pesar de la naturaleza jurídica de una Declaración, que por regla general carece de vínculo jurídico, el derecho de asilo invocado en ella, tiene un valor moral trascendental, dado que los derechos humanos que se recogen en la misma, más temprano que tarde se han adoptado por el derecho interno de los Estados parte como verdaderos derechos fundamentales, en cuyo caso el asilo no ha sido la excepción.

En este sentido, tampoco puede ignorarse la notable influencia que ha ejercido la DUDH en la dialéctica construida sobre la paz y los derechos humanos en la actualidad⁶¹; así como sobre la construcción de los distintos sistemas regionales de protección de derechos humanos ahí donde los hay⁶². En efecto, la DUDH es considerada “un elemento imprescindible de referencia política y jurídica del mundo contemporáneo”⁶³, como “una fundamental fuente

⁶⁰.TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 63.

⁶¹.Vid. DICCIONARIO JURÍDICO “EL DERECHO”, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, p. 350.

⁶².Como el caso del Consejo de Europa, la Unión Europea, o bien la Organización de los Estados Americanos; sistemas regionales de protección de los derechos humanos, que han reafirmado y desarrollado en sus instrumentos regionales, la DUDH.

⁶³.LÓPEZ GARRIDO, Diego, op. cit., pp. 10 y 11.

de legitimidad estatal y, por tanto algo de lo que no se puede prescindir en cualquier foro internacional o en cualquier intento de solucionar o reconducir los grandes conflictos de nuestra época”⁶⁴.

Finalmente en Europa se iba a continuar con una labor de reconstrucción material y social. Para lo que se antojaba necesario instaurar un marco legal vinculante de carácter global, que hiciera posible un procedimiento individualizado para obtener un estatuto de refugiado reconocido en todo el mundo.

Quizá esa sea la razón del porque el asilo no figuró en el CEDH de 1950, es decir, en el marco legal de un Sistema Regional europeo (tema que abordaremos en otro apartado), y sí, en un marco internacional en donde figurarían los Estados Europeos como principales actores. De esta forma, los elementos con que se contaba en Europa después de las experiencias acumuladas con dos Guerras Mundiales, hicieron posible distinguir patrones comunes que pudieran identificar a una persona necesitada de protección internacional. Dichos patrones, entendidos como razones, se iban a centrar en un elemento parcialmente subjetivo, como es “el temor fundado de persecución”⁶⁵; lo que en suma se iba a ver reflejado en los principales instrumentos de la ONU en materia de Refugio.

En efecto, este concepto prevalecería en 1950 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando se elaboró el Estatuto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Proyecto de Convenio relativo al estatuto de refugiados, instrumentos que con sus definiciones, vendrían a dar proyección a la figura del refugio en el contexto legal internacional, como veremos enseguida.

⁶⁴.Ibídem.

⁶⁵.Ibídem. p. 21.

I.4.1. La creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como Agencia sucesora universal y el Proyecto de Convenio relativo al estatuto de refugiados, como pasos decisivos hacia la consolidación de un marco legal internacional sobre asilo y refugio.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante el ACNUR), nació con el propósito de brindar protección y asistencia a los refugiados, principalmente a los más de un millón de europeos que se quedaron sin hogar por causa de la SGM.

El ACNUR fue instituido por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de la Resolución 319 (IV) de 3 de diciembre de 1949 (en vigor desde el 1 de enero de 1951). Su Estatuto se aprobó el 14 de diciembre de 1950, en virtud de la Resolución 428 (V), y en él se define la naturaleza, competencias y aspectos relativos a su organización y funcionamiento.

Como hemos dicho antes, ésta Agencia es sucesora de otras organizaciones con mandatos similares, creadas a partir de los años veinte por la Liga de las Naciones, tales como la Agencia de las Naciones Unidas de Socorro y Reconstrucción o la Organización Internacional de Refugiados, que se originaron *ad hoc* para resolver los problemas que enfrentaban los diversos contingentes de refugiados a causa de la guerra.

En un principio, el mandato de esta Agencia se limitaba a tres años, pero la ONU consideraba que sus funciones seguirían siendo necesarias, debido a que las distintas crisis de refugiados, lejos de desaparecer, se multiplicaban. De esta forma, las actividades del ACNUR se fueron prorrogando por periodos de cinco años durante varias décadas, hasta diciembre de 2003, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió revocar su limitación temporal⁶⁶.

⁶⁶.Vid. "Historia del ACNUR", pag. web del ACNUR, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=24, última visita el 20.10.2010.

Se configuró al ACNUR como una Agencia humanitaria y social, que tiene como propósitos proporcionar protección internacional y encontrar soluciones definitivas para los refugiados bajo los auspicios de la ONU, siguiendo las instrucciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y del Consejo Económico y social de la misma organización⁶⁷.

A pocos años desde la creación del ACNUR, la Asamblea General pidió al Consejo Económico y Social, crear un Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado, establecido en 1959. Desde entonces este órgano subsidiario de la Asamblea General, funciona con facultades ejecutivas y de asesoría, encargado de examinar y aprobar los programas y presupuestos del ACNUR,⁶⁸ y entre otras cosas, emite sus Conclusiones respecto de la situación de los refugiados y su tratamiento por los Estados.

El carácter “*enteramente apolítico*”⁶⁹ del ACNUR es algo que llama poderosamente la atención, ya que paradójicamente, la naturaleza del asilo en todas sus dimensiones, según la percepción de la teoría contemporánea, es totalmente política⁷⁰. Es posible encontrar una respuesta de lo anterior en el contexto histórico de la creación del ACNUR. En efecto, tanto en el pasado, como ahora, el problema de los refugiados o del asilo, va más allá de lo humanitario, y para algunos “representa también en alguna forma un desafío, eventualmente un factor de desestabilización de las relaciones internacionales”⁷¹, que “afecta de forma determinante e inmediata y es afectada por la coyuntura internacional.”⁷²Causas que vienen a determinar dicho

⁶⁷.Cfr. Resolución de la Asamblea General de la ONU 428 (V), Anexo, artículo 3.

⁶⁸.Comité Ejecutivo del ACNUR (EXCOM), disponible en: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/excom/>, última visita el 9.01.2011.

⁶⁹.Cfr. Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; adopción: Asamblea General de la ONU Resolución 428 (V), 14 de diciembre de 1950.

⁷⁰.En este sentido LÓPEZ GARRIDO, Diego, op. cit., p. 10.

⁷¹.Ibídem. Nos reproduce LÓPEZ GARRIDO, palabras de la Obra de *Lochak, Etrangers: de quel droit?*, Presses Universitaires de France, Paris, 1985. p.189.

⁷².Ibídem.

carácter apolítico, y lo que significa un aliciente para evitar fricciones entre los Estados.

Esta situación precisamente, volcó las tareas del ACNUR hacia las personas, más que hacia los países, lo que se materializó en una definición de refugiado similar, pero más inclusiva, que la que se adoptaría en la Convención de Ginebra de 1951, y en virtud de la cual, el ACNUR tiene competencias para otorgar protección bajo los auspicios de la ONU y de manera independiente de las obligaciones que se desprenden de la Convención de Ginebra para los Estados.

Aún cuando los Estados no se ven obligados a proteger a las personas definidas como refugiados por el Estatuto del ACNUR, sin embargo si lo están para colaborar y facilitar las tareas de dicha Agencia, de conformidad con lo estipulado en el artículo 35 la Convención de Ginebra⁷³. Es importante aclarar, que el ACNUR tiene facultades para intervenir en los procedimientos nacionales para la concesión del estatuto de refugiado, sin embargo el otorgamiento o denegación de dicho estatuto, es decisión del Estado responsable de la evaluación de la demanda de asilo, en otras palabras, el ACNUR tiene voz en el proceso, pero no voto⁷⁴.

Otros instrumentos regionales de protección, como la Convención de 1969 de la Organización para la Unidad Africana sobre los Refugiados⁷⁵, o la Declaración de Cartagena de 1984 en Latinoamérica⁷⁶, han contribuido a la

⁷³.Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en Ginebra, Suiza el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por Asamblea General en su Resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.

⁷⁴.BLANQUER, David, "Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general", Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1997, pp. 130 y ss.

⁷⁵.Convención de la OUA, por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones, Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969.

⁷⁶.Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

ampliación del mandato del ACNUR, a efectos de incluir para su asistencia, a más categorías de personas que necesitan ayuda internacional de otra naturaleza.

De esta forma, la función principal del ACNUR, es la de proporcionar “Protección Internacional”, la cual consiste en asegurar el respeto de los derechos básicos de los refugiados, principalmente asegurándose de garantizar el *non refoulement* o la no devolución forzosa de personas hacia países donde puedan sufrir persecución, lo que constituye la garantía básica que se desprende de la Convención/Protocolo para los refugiados.

La Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, a la cual nos hemos estado refiriendo en este apartado, se celebró finalmente en 1951, en la que se recogen también las obligaciones y elementos del pasado, producto de Convenios anteriores, con lo cual toda persona reconocida como refugiado en virtud de los “Acuerdos del 12 de mayo de 1926, del 30 de junio de 1928, de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, o del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados”⁷⁷ (los denominados <Statutory refugees>), serán considerados también, por la Convención de 1951 como tales.

De la definición general del citado texto, se desprende que una persona será un refugiado cuando, de conformidad con el Art.1.párrafo 2º, sección A):

“como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales

⁷⁷.ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, párrafo 32 y ss.

acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

Aún cuando adelante volveremos a esta definición, de momento nos limitaremos en señalar dos limitaciones importantes a saber (qué como hemos dicho *supra*, no tiene la definición del Estatuto del ACNUR): una temporal y otra geográfica. De esta forma se contemplaban en el Convenio de Ginebra, solo las personas que hubieran sido víctimas de acontecimientos sobrevenidos antes del 1 de enero de 1951.

Esta disposición permitía opcionalmente, que los Estados signatarios aplicaran las disposiciones del Convenio solo a las víctimas de acontecimientos sobrevenidos en Europa. Situación que resultaba lógica, aunque no deseable, después de los acontecimientos ocurridos en ese Continente. En la Convención por primera vez se buscaba encontrar una solución global al problema de los refugiados, sin embargo, es evidente que de momento se pensaba en solucionar los casos de refugio por la SGM y por la Guerra Fría. El enfoque europeo, además de lo expuesto, resulta lógico si pensamos que en la Conferencia de Plenipotenciarios de la ONU, celebrada en Ginebra del 2 al 25 de julio de 1951, donde se diera forma definitiva al texto relativo a la condición de Refugiados, tuvo lugar con la presencia de 17 Gobiernos de Estados Europeos, seis americanos, cuatro asiáticos, uno africano y uno de Oceanía⁷⁸.

De esta forma, el tándem compuesto por el marco convencional Convención de Ginebra/Protocolo de Nueva York y el ACNUR, se ha consolidado como el instrumento más importante con el que cuanta las Naciones Unidas para proteger a los Refugiados y demandantes de asilo.

⁷⁸.GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op cit., pp. 104 y 105.

I.5. La confusión conceptual entre el asilo y el refugio en virtud de la configuración del refugio en el marco legal internacional.

Es oportuno aclarar la estrecha relación que existe entre el asilo y el refugio, ya que en la dialéctica construida en el derecho internacional, respecto de estos conceptos, es común encontrar dificultades de comprensión.

En este orden de ideas, como hemos dicho *supra*, el *asilo* consiste “en la facultad de los Estados de otorgar protección, exclusivamente en ejercicio de su soberanía y con base en su derecho interno” ⁷⁹. Situación que hace muy discutible la configuración del asilo, como un verdadero derecho subjetivo. Mientras que la figura del *refugio*, es una institución regulada y definida en un marco jurídico internacional, el Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967 para los Refugiados, de la cual se derivan diversas obligaciones para con los Estados signatarios, otorgando un estatus similar al asilo, pero más limitado en contenido de derechos, a toda persona que sea considerada un refugiado de conformidad con la definición del mencionado Convenio. Lo anterior, con base fundamentalmente en la norma del *non refoulement*⁸⁰, la cual consiste en la no devolución de las personas a su país de origen, o a un tercero, donde pueda ser objeto de persecución y su integridad o su vida corra peligro⁸¹.

En la doctrina latinoamericana se atribuye cierta responsabilidad sobre la confusión al ACNUR, el cual en un documento informativo define el *refugio* como, “una institución convencional universal”; mientras que al *asilo*, como una institución convencional regional, establecida en el mundo latinoamericano⁸².

⁷⁹.Ibídem, pp. 148 y ss.

⁸⁰.En este sentido, LÓPEZ GARRIDO, Diego, op. cit., pp. 13 y ss.

⁸¹.El Refugio, según la legislación de algunos estados, como el español en su Ley de 9/94, de 19 de mayo, de modificación de la ley 5/84, es entendido como “el derecho subjetivo de las personas que reúnen los requisitos del artículo 1º de la Convención de Ginebra a solicitar y obtener el reconocimiento de dicho estatus dentro del país”, y el asilo es definido como “protección graciable dispensada por el Estado en ejercicio de su soberanía”.

⁸².C. W. San Juan y M. Manly, “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo- refugiado” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos’, en: “El asilo y la protección internacional de los refugiados en

En Latinoamérica más tarde es comprendido por algunos expertos del derecho, el *asilo* y el *refugio* como sinónimos, debido a que ambos extienden la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento por medio del cual en la práctica se formalice dicha protección, sea el régimen del refugiado según la Convención/Protocolo para los Refugiados, o bien el de la institución del asilo, según los Convenios interamericanos en la materia⁸³.

Por su parte en Europa, la normativa comunitaria ha ejercido notable influencia en el derecho interno de los Estados, hacia la concepción del asilo directamente como sinónimo de refugio, obligando a modificar o directamente, crear nuevas leyes de asilo nacionales.

Como muestra nos referiremos al caso Español, que en la Ley 5/1984 establecía dos Títulos: uno relativo al derecho de asilo y; otro a la condición de refugiado respectivamente, en donde se regulaban las condiciones específicas de ambas situaciones. Escenario que se modificó con la ley 9/1994 de 19 de mayo, con la que se suprimió el Título segundo relativo a la condición de refugiado unificando dichos conceptos, a fin, según su exposición de motivos, de evitar confusiones y abusos. Dicha norma define el asilo como:

“*Artículo 2.1.- “El derecho de asilo reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución es la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado y que consiste en su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 (...)*”

Es decir, que en este caso, el reconocimiento de la condición de refugiado, es condicionante del otorgamiento del derecho de asilo, consolidando al sinónimo *de facto*. Sin perjuicio de lo anterior, algunos Estados comunitarios han otorgado protección a personas que escapaban de la

Latino América”, coord. L. Franco, Buenos Aires, UNHCR-UNLA-Siglo XXI, 1ª Ed. 2003, p. 39 y ss.

⁸³.Ibídem.

definición de la Convención Ginebrina y que por tanto, no son refugiados en sentido estricto, sin embargo son considerados “*refugiados de facto*”, es decir, acogidas por razones humanitarias, en un ejercicio de la soberanía de la misma forma que con el derecho de asilo territorial⁸⁴.

La doctrina española había advertido en el pasado de las dificultades de comprensión que podían surgir debido a la evolución de la normativa internacional sobre *asilo* y *refugio*. La definición de DIEGO LÓPEZ GARRIDO es bastante clarificadora en este sentido, en la cual concibe al asilo como:

*“Una institución dependiente en exclusiva de la soberanía del Estado, que no sería por ello un verdadero derecho, y cuya concesión estaría en función de la graciosa decisión de éste; y, como figura diferente, la del refugio, que es una obligación internacional que adquiere todo Estado que suscribe el Convenio de Ginebra y que consiste casi exclusivamente en no rechazar a quien busca refugio, huyendo de un Estado que le persigue por las razones antes señaladas, a las fronteras del Estado perseguidor”*⁸⁵.

De esta forma, es entendido el asilo como un permiso de entrada y establecimiento en el territorio de un Estado, cuyos derechos y garantías se encuentran configurados por su derecho interno, y que normalmente pueden conceder permisos de residencia más largos y medidas más generosas para solucionar la situación del asilado definitivamente, tales como el acceso a la nacionalidad. Y el refugio, como la simple prohibición del rechazo, o no devolución de la persona solicitante a la frontera o territorio del país perseguidor, ya que, de forma expresa, ni siquiera prohíbe la expulsión a un tercer Estado.

⁸⁴.Ibídem. pp. 134 y ss.

⁸⁵.LÓPEZ GARRIDO, Diego, op. cit., pp. 16 y ss.

I.6. La bifurcación conceptual del derecho de asilo en virtud de las prácticas en los distintos sistemas regionales de protección de derechos humanos, en especial: a) el asilo territorial y b) el asilo diplomático.

Al margen de lo que hemos venido narrando sobre el asilo y el refugio en el contexto europeo, en otras regiones del mundo la institución del asilo también ha tenido su desarrollo, en virtud del cual actualmente conocemos dos clases de asilo de gran importancia, que se identifican en la práctica del Derecho Internacional Público: a) el asilo territorial y b) el asilo diplomático. En este sentido,

- a) *“asilo territorial es aquel que se desprende de la protección que el Estado otorga en su territorio basándose en su soberanía.”*⁸⁶ Este derecho consiste en la protección que otorga un Estado a una persona, que no es nacional de este, por motivos de persecución política o ideológica.⁸⁷

La referencia más relevante del asilo territorial, se encuentra en la Resolución 2312 (XXII), adoptada en la Declaración sobre Asilo Territorial en la Asamblea General de la ONU, de 14 de diciembre de 1967, la cual en apenas cuatro artículos, invoca la Declaración Universal de los derechos humanos y los principios fundamentales de la organización, tales como la paz y la seguridad internacionales, con el fin de fomentar la amistad entre las naciones.

La Resolución señala, que el asilo territorial no debe ser considerado como un acto inamistoso entre los pueblos, que deberá otorgarse a las personas con fundamento en el ejercicio de la soberanía (art.1) y no podrán invocar este derecho, las personas que hayan cometido un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad (art. 1.2).

⁸⁶.DICCIONARIO JURÍDICO “EL DERECHO”, op. cit., pp. 453 y ss.

⁸⁷.Vid. PASTOR RIDRUEJO, José A. op. cit., p 241.

El Estado que tropiece con dificultades para otorgar el asilo, por cuestiones económicas o de seguridad, encontrará en el principio de *repartición de cargas* el sustento necesario (art. 2.2).

Nos sigue diciendo la Declaración, que en ninguna circunstancia se podrán adoptar medidas de expulsión o rechazo en frontera, sobre una persona que pretenda entrar al territorio nacional de un Estado, invocando su derecho al asilo. Menos aún, se efectuaran devoluciones obligatorias hacia un país donde se pueda sufrir persecución; en todo caso se deberá buscar alguna alternativa de asilo provisional, mientras que no se solucione la situación definitivamente, respetando así el *non refoulement* (art.3)⁸⁸.

Algunas delegaciones consideraban ineficaz la mencionada Resolución, debido, una vez más, a la falta de fuerza jurídica vinculante. Por esta razón, como hemos dicho antes, la ONU convocó una conferencia en Ginebra entre enero y febrero de 1977, con el propósito de adoptar una Convención sobre el asilo territorial. No obstante, como sabemos el esfuerzo fue en vano, puesto que no se pudo llegar a ningún acuerdo.

Por otro lado,

- b) El asilo diplomático, se concibe como una institución típica de América Latina, consistente “*en la protección otorgada en las embajadas o legaciones diplomáticas del Estado*”.⁸⁹ Al igual que el asilo territorial, se concede a personas objeto de persecución política o ideológica, con la salvedad de que, como indica la definición, dicha protección se brinda en la misión diplomática de un Estado, dentro del territorio de otro. El objeto de esta institución consiste en conseguir las suficientes garantías diplomáticas del Estado perseguidor, para que la persona perseguida pueda salir al extranjero sin que corra peligro su vida o su integridad.

⁸⁸.Una vez concedido el asilo, el Estado debe vigilar que las personas con este estatus no se dediquen a actividades que vayan en contra de los propósitos y principios de la ONU. Cfr. La Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de la ONU de 14 de diciembre sobre el Asilo Territorial.

⁸⁹.Ibídem.

Para algunos, el ejercicio del asilo diplomático se remonta hasta el Congreso de Westfalia de 1648⁹⁰; con el cual se pusiera fin a 30 años de guerra en Europa y se regularizaría la libertad religiosa, así como la igualdad jurídica de los Estados, que iban adquirir cierto equilibrio⁹¹. Sin embargo por otro lado, se considera la función diplomática no fue reconocida formalmente hasta casi dos siglos más tarde, en este sentido ello se alcanzaría realmente con el Congreso de Viena de 1815, donde se reconoció la existencia de un <Servicio Diplomático>, distinto del político o estatal⁹². Por tanto, el ejercicio del asilo en Westfalia, quizá tenía una naturaleza distinta.

En fechas más cercanas, según la opinión de un sector doctrinal, no se incluyó dicha figura en el Convenio de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas⁹³, por considerarse “que no existe en el Derecho Internacional General el derecho de asilo en las Misiones Diplomáticas”⁹⁴. No obstante cabe señalar, que si bien la citada Convención no contempla la figura del asilo diplomático, en su Preámbulo establece que: “las normas del derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención”. Además, establece en su artículo 22.1 que: “los locales de la misión son inviolables. Los agentes del Estado receptor⁹⁵ no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del jefe de la misión”.

⁹⁰. TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 97.

⁹¹. DE OLLOQUIO, José J. “Consideraciones sobre antecedentes del derecho diplomático”, Revista Jurídica “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, Nueva Serie año XXXIII, nº 99, septiembre-diciembre año 2000, pp. 1147-1142. Según el autor, “gradualmente se fueron elaborando más y más reglas que llevarían a que fuera posible poner fin a la Guerra de 30 años en 1648; que regularizan la libertad religiosa; así como la igualdad jurídica de los Estados que da nacimiento a Holanda y a Suiza, y a 300 Estados germánicos; también hace posible el entendimiento entre el catolicismo y el protestantismo; en suma, surge el Estado moderno. Nace el equilibrio europeo, pero al mismo tiempo los Estados europeos hubieron de reconocer la existencia de intereses comunes a todos ellos”.

⁹². Ibídem.

⁹³. Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961.

⁹⁴. En este sentido, TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 99.

Con lo cual, en primer lugar, con base en lo dispuesto en su preámbulo, se puede decir que la omisión, o la no inclusión, del asilo diplomático en la citada Convención, no significa necesariamente su prescripción en las relaciones internacionales de los Estados, por dejar indemne las normas de derecho internacional consuetudinario, de las que se pueden distinguir algunas generalmente aceptadas dentro de la institución del asilo o refugio, tales como: el *non refoulement*, o la obligación de los Estados de defender el derecho a la vida. Segundo, porque el principio de <inviolabilidad de las Misiones Diplomáticas> se reafirma en el texto de la Convención en el citado artículo 22.1, y este constituye un elemento fundamental en la práctica del asilo diplomático⁹⁶.

Por otro lado, en Europa se considera que la protección en una legación diplomática que pudiese prestarse en determinado momento a una persona que su integridad o su vida estuviera amenazada, es entendida como un <refugio temporal por razones humanitarias>, con base en el comentado principio de inviolabilidad en los recintos diplomáticos, pero bajo ningún concepto por vinculación jurídica al asilo diplomático⁹⁷.

De tal forma, que la modalidad de asilo diplomático es entendida como una costumbre de ámbito regional⁹⁸, y su referencia más significativa se encuentra en la Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático de 28 de marzo de 1954⁹⁹, celebrada en el seno de la Décima Conferencia Interamericana¹⁰⁰.

⁹⁵.Entiéndase por <Estado receptor> aquel que acoge en su territorio la Misión Diplomática de otro Estado.

⁹⁶.Dicha concepción la dejamos al margen de las consideraciones por parte de un sector importante de la doctrina, respecto de inexistencia del principio de <extraterritorialidad> como base del principio de la <inviolabilidad de las Misiones Diplomáticas>.

⁹⁷.Vid. TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p.101.

⁹⁸.Vid. GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, "Temas selectos de Derecho Internacional", 4ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.620; PASTOR RIDRUEJO, José A. op. cit., p 243; TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p.101; entre otros.

⁹⁹.Convención sobre el Asilo Diplomático, Caracas Venezuela, el 28 de marzo de 1954.

La Convención nace bajo el principio de <extraterritorialidad>, por el cual los Estados pueden conceder el asilo diplomático en sus <territorios ficticios>. En ella se incluyen además del recinto de la Misión, o la vivienda del Jefe diplomático, los navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares (art.1). Sin embargo, parece ser que en la actualidad la <extraterritorialidad> carece de sustento jurídico¹⁰¹, en tanto que cobra mayor importancia el principio de <la inviolabilidad de la Misión Diplomática>. Esto significa que, bajo la concepción de la extraterritorialidad los recintos diplomáticos se consideran “islas de la soberanía del Estado remitente”; mientras que, el principio de inviolabilidad, sustenta que los edificios o recintos dependan parcialmente del Estado receptor. Esta última interpretación, comprendemos que es incompatible en los supuestos en que pudiese prestarse protección diplomática en forma de asilo en los navíos o aeronaves militares del Estado asilante, que en todo caso suponen un territorio ficticio.

Como última reflexión, cabe comentar que la mencionada institución (altamente utilizada durante las dictaduras de América Latina en los años 70's y 80's), en opinión de SEARA VÁZQUEZ encuentra su principal punto de inflexión en la confrontación del principio de <soberanía territorial> y el principio de <inviolabilidad de la Misión diplomática> al momento de concederse asilo en una Legación de esa naturaleza; en virtud de que este último principio constituye una “derogación” de la Soberanía del Estado¹⁰². Esta apreciación en

¹⁰⁰.Generalmente es aceptado que la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de noviembre de 1950, en el caso de derecho de asilo entre Colombia y Perú, fue la que origino la citada Convención de Caracas. Así, la Corte al no reconocer el asilo diplomático como una norma de derecho internacional consuetudinario de carácter regional, incitó a los Estados Americanos a celebrar una Convención para reafirmar el reconocimiento del asilo diplomático. En este sentido, GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, op. cit., p. 621.

¹⁰¹.En efecto, un privilegio con que se relaciona a las actividades diplomáticas es con el <principio de extraterritorialidad>, que implica que el embajador, su vivienda y la propiedad circundante “se consideran islas de soberanía del Estado remitente”. Sin embargo, actualmente, se ha abandonado esta práctica y los edificios y el personal dependen, aunque en forma relativa, del Estado huésped. Vid. En este sentido, “Antecedentes históricos de la diplomacia”, Centro de Información de las Naciones Unidas, México, Cuba y República Dominicana, disponible en: http://www.cinu.org.mx/temp_modelos/delegados/diplomacia.htm, última visita el 19.07.2010.

¹⁰².SEARA VÁZQUEZ, Modesto, “Derecho Internacional Público”, Porrúa, 15ª ed. México, 1994, p. 237. Véase esta obra para profundizar en el tema.

la actualidad es muy discutible, en tanto que nuevas interpretaciones de la Soberanía del Estado, obligadas por la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, siguieren una redefinición de dicho concepto. Así por ejemplo, el Profesor CARRILLO SALCEDO propone la siguiente relectura: “por ser soberanos, los Estados tienen obligaciones jurídicas en materia de derechos humanos”¹⁰³. Presupuesto que compartimos.

¹⁰³.CARRILLO SALCEDO, Juan A. op. cit., p.103.

CAPÍTULO II.

II. Instrumentos internacionales del derecho de asilo y refugio

Como hemos dicho antes, con la Convención de Ginebra de 1951 quedan subsumidos y reemplazados anteriores Acuerdos y Convenios relativos a la protección de los refugiados, y la tradicional concepción del asilo se ve poco a poco desplazada por el carácter universal que adquiere el refugio.

Para el ACNUR, una persona a la que se otorga el asilo se convierte automáticamente en refugiado, con lo cual “la noción de asilo engloba una serie de elementos, entre los cuales figuran la no devolución incluso en frontera, la no- sanción en caso de entrada o presencia ilegales, el permiso para permanecer en el territorio del país de acogida y normas relativas al trato humano”¹⁰⁴.

La base para determinar la condición de refugiado en el contexto internacional, se encuentra en la definición de dicho término plasmado en el Convenio de Ginebra, lo que supone en algunos casos, el acceso a una protección parecida al asilo, pero con garantías más limitadas y sobre todo con un marcado carácter temporal; y en otros, el reconocimiento de la condición de refugiado supone el acceso directo al derecho de asilo en sentido amplio, lo cual depende del sistema nacional receptor de que se trate.

Debemos señalar, que en sentido estricto la Convención de 1951, no regula el derecho de asilo territorial, únicamente menciona al asilo en el preámbulo, y solo para referirse al coste económico que puede suponer para los países receptores con más demanda, y lo mucho que es posible aligerar esa carga económica bajo el principio de la solidaridad internacional. Para algunos se trata simplemente “de un texto que propone criterios de solidaridad internacional para solucionar los problemas referentes al derecho de asilo, pero

¹⁰⁴.Crf. El “Glosario de Términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados”, ACNUR 2010, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=1477#Casos, última visita el 28.02.2011.

que exime a los Estados de los necesarios esfuerzos económicos en los que necesariamente han de concretarse...”¹⁰⁵.

Dicho lo anterior, para fines prácticos en lo sucesivo cuando en este trabajo hagamos referencia al derecho internacional de los refugiados, o al refugio, estaremos refiriéndonos también al derecho de asilo, sin perder de vista que se trata de dos figuras distintas y que por separado también han tenido su respectivo desarrollo.

Ahora bien, como complemento de la protección internacional que se intenta dar con la Convención de 1951, se desprende de dicho texto, un vínculo jurídico de los Estados parte para facilitarle al ACNUR el ejercicio de sus funciones de conformidad con su mandato, principalmente para que pueda velar por la correcta aplicación de la Convención y junto con los Estados, coordinar las medidas adoptadas para tal fin (art.35). Así mismo, por disposición de la Convención de 1951, las Partes contratantes se encuentran sujetas a la jurisdicción del Tribunal Internacional de Justicia (en adelante TIJ), el cual está para resolver cualquier controversia respecto de la interpretación o aplicación de la misma¹⁰⁶. Básicamente éste trinomio, constituyen el instrumento central de las Naciones Unidas para el refugio, sin perjuicio de que *a posteriori*, dicho marco legal se fortaleció como sabemos, con el Protocolo de Nueva York de 1967.

En 1966, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), se pretendía reconocer el derecho de asilo, objetivo que no se alcanzó por falta de acuerdo¹⁰⁷ entre la parte Este y Oeste de la comunidad internacional, respecto del alcance personal que algunos consideraban que debería tener el asilo¹⁰⁸. Aún así se contemplan en el PIDCP, garantías y

¹⁰⁵. MARTÍN ARRIBAS, Juan José, “Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo, Ed. Dykinson, S.L, Madrid, 2000, p. 101.

¹⁰⁶. Convención sobre el estatuto de los refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951, art. 38.

¹⁰⁷. En este sentido, GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op cit., p. 87.

derechos que de manera indirecta refuerzan el marco legal internacional de dicha institución, tales como la prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 7), el derecho a la vida (art. 6), el derecho de entrada y salida de un país, incluso del propio (art. 12), el derecho a un recurso efectivo (art. 3), la prohibición de expulsiones arbitrarias (art. 13), así mismo, conoce de cuestiones relacionadas con el trato *a posteriori* del demandante de asilo o refugio, entre otras disposiciones¹⁰⁹.

Con la Convención de las Naciones Unidas para suprimir o reducir los casos de apatridia, en 1954 se intentaría rellenar la laguna que dejó la Convención de Ginebra en ese terreno, donde se recogen derechos y deberes para los apátridas en los Estados de acogida¹¹⁰.

La Convención relativa al Refugio de hombres del mar, adoptada en la Haya el 23 de noviembre de 1957, se regula la expedición de los documentos de viaje, previsto por la Convención de Ginebra (art. 28).

En esta línea encontramos el Convenio contra la Tortura de 1984; el Convenio contra todas las formas de discriminación racial; el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979; y el Convenio de derechos del niño de 1989¹¹¹.

De todos estos instrumentos internacionales son parte la mayoría de los Estados europeos, por tanto es notable la influencia de estos en los sistemas regionales y nacionales de protección de la Europa continental. Así también, han incidido en otras zonas del mundo, como la americana y la africana, que en

¹⁰⁸.Ibídem.

¹⁰⁹.Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, Resolución 2200 A (XXI). Vid. en "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Textos básico, Tomo I, compiladores, CARBONELL Miguel, MOGUEL Sandra, entre otros. EDITORIAL PORRÚA S.A de C.V., México D.F. 2003, p.47.

¹¹⁰.GOTAZÁR ROTACHE, Cristina J. op. cit., p 106.

¹¹¹.FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, "Valores e intereses en la protección de los derechos humanos por la Unión Europea. El caso de la política de asilo", en: IV Jornadas internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA, Universidad de Zaragoza, 2002, p. 7.

los últimos años han aportado mucha actualidad al derecho internacional de los refugiados, especialmente con sus definiciones más amplias y acordes con la actualidad del refugiado en términos globales.

La poca disposición de la comunidad internacional, para asumir compromisos de carácter obligatorio en materia de derechos humanos a marcado la segunda mitad del siglo XX, y la primera década del siglo XXI sigue sin novedades importantes. Desde las Naciones Unidas se ha intentado rellenar el enorme vacío normativo en el derecho internacional de los refugiados, con el apoyo de otras ramas del derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, este modo de protección internacional resulta poco eficaz, sobre todo porque el derecho internacional aterriza en los sistemas nacionales de los Estados de forma muy limitada y heterogénea, lo que se traduce en materia de asilo y refugio, en criterios y políticas por parte de los Estados muy particulares.

II.1. El derecho internacional de los refugiados en paralelo con el derecho internacional humanitario.

Entre el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario (en adelante DIH) existe un “paralelismo conceptual”¹¹². Ambas ramas del derecho internacional mantienen una estrecha relación, en primer lugar porque uno y otro se originan en la necesidad de prestar protección a las personas que se encuentran en territorio de un Estado del que no son nacionales¹¹³.

¹¹². *BRETT, Rachel y LESTER, Eve*, “Derecho de los refugiados y derecho internacional humanitario: paralelismos, enseñanzas y perspectivas para el futuro. La opinión de una organización no gubernamental” *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n° 843, 30.09.2001. pp. 713-726.

¹¹³. *Ibíd.*

El DIH, es definido como “un conjunto de textos jurídicos, reglamentos y principios, que rigen las situaciones de conflicto armado internacional o no internacional¹¹⁴, y que por razones humanitarias trata de limitar los efectos de dichos conflictos armados. “Protege a las personas que no participan o que ya no participan en los combates y limita los medios y métodos de hacer la guerra”¹¹⁵. Es conocido también como el derecho de la guerra o el derecho de los conflictos armados.

El marco internacional del DIH, lo conforman los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, mismos que fueron complementados con otros dos Tratados, los Protocolos de 1977, relativos a las protección de las víctimas de los conflictos armados.

Básicamente el DIH, cubre dos aspectos fundamentales: a) la protección de las personas que no participan o que ya no participan en las hostilidades; y b) una serie de restricciones de los medios de guerra, especialmente las armas y los métodos de guerra, por ejemplo, las tácticas militares, que en su conjunto potencializan el sufrimientos de las víctimas.

El DIH, en el pasado solo regulaba los conflictos armados de carácter internacional, es decir, entre dos o más Estados soberanos. Esta situación, tal y como hemos dicho se ha flexibilizado en los últimos años, con lo que el ámbito de aplicación del DIH, se ha extendido también a los conflictos armados de carácter interno¹¹⁶.

Por su parte el derecho de los refugiados es definido como un “cuerpo de derecho internacional consuetudinario y de instrumentos internacionales,

¹¹⁴.En este sentido, el “Glosario de Términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados”, ACNUR, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=1477#Casos, visitado el 28.02.2011.

¹¹⁵.Vid. “¿Qué es el derecho internacional humanitario?”, por el Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, Comité Internacional Geneve, CICR, disponible en: [http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5v5jw9/\\$file/dih.es.pdf?openelement](http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5v5jw9/$file/dih.es.pdf?openelement), última visita el 26.02.2011.

¹¹⁶.Ibídem.

regionales y nacionales que definen las normas de protección de los refugiados. La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados es la piedra angular del derecho de los refugiados”¹¹⁷.

Las mencionadas normas son aplicable solo a las personas que se encuentran fuera de su país, ya que por definición, en el sentido de la mencionada Convención, es requisito *sine qua non* para el reconocimiento de la condición de refugiado ser extranjero, de conformidad con el Convenio/Protocolo para los refugiados. Esta situación deja fuera del marco legal referido a los desplazados internos, sin embargo, estos colectivos se encuentran recogidos dentro de la esfera de competencia del ACNUR, de conformidad con su mandato establecido en su Estatuto y tal como se desprende de las Resoluciones pertinentes de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹¹⁸(tema al que regresaremos más adelante con detenimiento).

Las analogías entre una y otra rama del derecho internacional oscilan en los aspecto relacionado con la protección de las personas, lo que incumbe a civiles, personal médico y religioso, así como también a los excombatientes heridos, náufragos o prisioneros de guerra, que tienen derecho a la vida, y a mantener a salvo su integridad física y moral¹¹⁹. En estas acciones sobre terreno, se ven muchas veces colaborando al Comité Internacional de la Cruz Roja y a la Media Luna Roja¹²⁰, junto con el ACNUR, agencias especializadas del DIH y del derecho internacional de los refugiados respectivamente.

¹¹⁷.Cfr. “Glosario de Términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados” ACNUR, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=1477#Casos, última visita el 28.02.2011.

¹¹⁸.Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cap. I.

¹¹⁹.Ibídem.

¹²⁰.La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja es la mayor organización humanitaria del mundo con decenas de millones de voluntarios en 186 Sociedades Nacionales. Cfr. en: <http://www.ifrc.org/es/nuestra-vision-nuestra-mision/>, última visita el 28 de febrero de 2011.

Los arquitectos de ambas ramas del derecho internacional, han construido un vínculo de colaboración en el contexto de los tratados, así el IV Convenio de Ginebra de 1949¹²¹ (art. 44 VII Refugiados) y el Protocolo adicional I de 1977¹²², contienen disposiciones sobre el trato debido a los refugiados como personas protegidas en situaciones de conflicto armado.

Por otro lado, es conocido que los movimientos de refugiados y otro tipo de desplazamientos forzados de personas, tienen lugar generalmente en el contexto de conflictos armados y así se reconoce en el marco de la Convención de la OUA que rige los aspectos inherentes a los problemas de los refugiados de África 1969 y en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados 1984.

De dichos conflictos es normal que surjan expulsiones masivas de personas, las cuales también normalmente son catalogadas como refugiados por el procedimiento “*prima facie*”, en el marco de una determinación colectiva, entre los cuales se encuentran refugiados propiamente dicho, es decir, por alguna de las causas que se encuentran en las definiciones del Convenio/Protocolo para los refugiados, o en su defecto “*mandate refugees*” en virtud del mandato ACNUR.

Precisamente en nuestros días, somos testigos de una situación de crisis humanitaria en Libia, a causa del conflicto armando que vive ese país por inercia del denominado “tsunami africano”, a raíz de la liberación de Túnez del régimen de *Ben Ali*¹²³, seguido por Egipto con la caída del régimen de Hosni Mubarak (fenómeno iniciado en enero de 2011).

¹²¹.IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

¹²².KOSIRNIK, René, “Los Protocolos de 1977, un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario”, Revista Internacional de la Cruz Roja, artículo 30-09-1997.

¹²³.Diario El País, miércoles 02.03.2011, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/revuelta/popular/Tunez/fuerza/salida/Ben/Ali/elpepuint/20110114elpepuint_5/Tes , última visita el 02.03.2011.

Según los cálculos del ACNUR en Libia, después de varias semanas de revuelta y prácticamente en guerra civil, en fecha de 28 de febrero de 2011¹²⁴, la situación ha obligado a cientos de miles de personas a abandonar el país, 45.000 por la frontera tunecina y 55.000 por la egipcia, en su mayoría de nacionalidad tunecina, egipcia, libia y china, con estatus diversos, es decir, inmigrantes, trabajadores, refugiados y hasta excombatientes.

Otros 20.000 esperaron en la frontera la oportunidad de pasarse a territorio tunecino, donde trabajan en conjunto el gobierno de aquel país, el CICR y el ACNUR¹²⁵, entre otros organismos de la ONU. En aquella situación, los extranjeros de momento pasaron por el mencionado procedimiento *prima facie*, para obtener el reconocimiento colectivo de refugiados después¹²⁶.

En este escenario es precisamente donde el derecho internacional de los refugiados y el DIH, pierden importantes diferencias. Tal y como ha sucedido en circunstancias análogas, como hace algunas décadas, con el caso de la resolución 33 /165 de la Asamblea General para de la ONU en 1978, a través del cual se otorgó un estatuto de cuasi-refugiados a las personas que se habían visto obligadas a huir de Sudáfrica debido a su negativa a prestar servicios en las fuerzas militares o policiales utilizadas imponer el *apartheid* en Sudáfrica (la resolución se conoce como Resolución CO/Apartheid y está redactada en términos generales, pero para algunos ésta era su razón de ser)¹²⁷.

En algunos estudios se ha discutido la importancia de la protección internacional prestada por una y otro rama del derecho internacional, y se ha

¹²⁴.Diario "El País", lunes 28.02.2011, <http://es.scribd.com/doc/49690486/Diario-El-Pais-28feb2011>, última visita el 20.10.2011.

¹²⁵.ACNUR, "Noticias", disponible en: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/acnur-intensifica-sus-esfuerzos-para-dar-apoyo-a-refugiados-y-civiles-en-libia/?L=gulnlxwoshxdx>, última visita el 03.03.2011.

¹²⁶.Véase en el comunicado de prensa 11/45 del CICR, disponible en: <http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/libya-news-2011-02-28>, última visita el 03.03.2011.

¹²⁷.BRETT, Rachel y LESTER, Eve, op. cit.

concluido que en ocasiones el CICR, como institución que tiene por cometido actuar en relación con las normas del DIH, puede estar en mejor posición que el ACNUR para prestar protección, debido a su pericia sobre el campo de actuación en zonas de conflicto armado, su especialización y condiciones más favorables que le proporciona el marco legal que lo rige.

En otras ocasiones, esas mismas reflexiones dan la ventaja al ACNUR y sus circunstancias, no obstante la conclusión más importante, nos revela que no existe ninguna razón para que el DIH y el derecho internacional de los refugiados no puedan regir paralelamente en beneficio de una protección internacional más eficaz y más eficiente¹²⁸, del mismo modo que se complementan ambas ramas con el derecho internacional de los derechos humanos¹²⁹.

El Comité Ejecutivo del ACNUR, en el 55° periodo de sesiones, inclusive alienta al ACNUR a que colabore con otras entidades de las Naciones Unidas u organizaciones internacionales no gubernamentales. Especialmente, con aquellas que tienen el mandato sobre la observancia de la aplicación del derecho, el desarrollo, mantenimiento y consolidación de la paz; con el objetivo de contribuir de manera global con el imperio del derecho y el respeto pleno de los derechos humanos y las libertades fundamentales¹³⁰.

Lo anterior entendido como complemento natural de las actividades de protección de los refugiados y el sistema internacional para la protección de los derechos humanos, de la cual se hace referencia a lo largo de los años en los distintos documentos del ACNUR y del Comité Ejecutivo del ACNUR¹³¹.

¹²⁸.Ibídem.

¹²⁹.ACNUR, “Glosario de Términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados”.

¹³⁰.Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 55° periodo de sesiones, del 4 a 8 de octubre de 2004, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3044.pdf>, última visita el 03.03.2011.

¹³¹.Se puede ver en este sentido a las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR.

II.2. Políticas y directrices de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha otorgado al ACNUR, el mandato de proporcionar protección internacional a los refugiados y buscar, junto con los gobiernos, soluciones para los problemas de los mismos.¹³² El párrafo 8 del estatuto del ACNUR, le confiere la responsabilidad de supervisar las convenciones internacionales para la protección de los refugiados, mientras que la misma Convención de 1951 y su Protocolo adicional de 1967, obliga a los Estados a cooperar con el ACNUR, en las tareas relacionadas con el ejercicio de su mandato (art. 35 de la Convención y el art. II del Protocolo de 1967).

La responsabilidad de supervisión del ACNUR va más allá de la simple vigilancia sobre la aplicación de los mencionados instrumentos legales, un ejemplo de ello es, que a falta de regulación explícita sobre los procedimientos de asilo en la Convención/Protocolo para los refugiados, el ACNUR tiene la obligación de pronunciarse sobre la elección de los procedimientos de asilo que hagan los gobiernos, ya que estos son esenciales y por lo tanto implícitamente requeridos para el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del Convenio/Protocolo para los refugiados¹³³.

Las disposiciones contenidas en el referido marco legal han sufrido con el paso del tiempo una desactualización, lo que ha llevado a algunos expertos a considerarlo obsoleto en algunos aspectos, especialmente la definición de refugiado¹³⁴.

¹³². Véase en este sentido “la Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”. Publicada en el contexto de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva sobre procedimientos de asilo (DPA), y los artículos 6 y 13 del CEDH, ACNUR, 2010.

¹³³. Ibídem.

¹³⁴. En este sentido, GOTAZÁR ROTACHE, Cristina J. op. cit., pp. 102 y ss.

En este sentido el Comité Ejecutivo del ACNUR¹³⁵, encargado de asesorar al Alto Comisionado en el desempeño de sus funciones, ha llevado a cabo una labor de actualización de criterios para mejorar aplicación del citado marco legal. Esta importante tarea se realiza en gran parte a través de sus Conclusiones, textos de carácter oficial que contienen las deliberaciones anuales del Comité Ejecutivo respecto de la protección de los refugiados. Estas son altamente consideradas por el ACNUR en la elaboración de las normas y principios sobre la protección de los refugiados y otras personas de su interés en virtud de su mandato.

Dichas conclusiones han sido dictadas desde 1975, a partir del 26° periodo de sesiones. Las primeras se refieren a la “Protección Internacional de los Refugiados”¹³⁶, en ellas se origino un Subcomité Plenario sobre Protección Internacional, que se encargaría del estudio de los aspectos técnicos de la labor de protección a los refugiados.

En la Conclusión N°8 de 1977, tiene su origen el Manual de Criterios y Procedimientos para determinar la Condición de Refugiado (en adelante el Manual del ACNUR)¹³⁷.

El Comité Ejecutivo reconoce en ese texto, que es muy reducido el número de Estados que forman parte de la Convención/Protocolo para los Refugiados y que hayan establecido procedimientos para determinar formalmente la condición de refugiado.

¹³⁵.El Comité Ejecutivo está integrado por los representantes de 66 Estados que prestan un interés certero por las cuestiones relacionadas con los refugiados y de XX Estados observadores.

¹³⁶.Conclusiones del Comité Ejecutivo relativas a la Protección Internacional de los Refugiados por las que se crea un Subcomité Plenario sobre Protección Internacional. Todas las Conclusiones están disponibles en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0512.pdf>, última visita el 2 de septiembre de 2010.

¹³⁷.Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión N° 8 (XXVIII), “Determinación de la Condición de Refugiado”, (28° período de sesiones del Comité Ejecutivo) 1977.

El hecho de que varios Estados de manera independiente ya contaban con estudios realizados, encaminados al establecimiento de un procedimiento formal para determinar la condición de refugiado, permitió realizar una fructífera investigación en materia de asilo, refugio e inmigración, en especial a través de la jurisprudencia y las prácticas¹³⁸.

El Manual del ACNUR, fue aprobado en 1979, su primera publicación en español fue en enero del 1988 y su última edición fue en 1992. Este consiste fundamentalmente en una explicación de la definición del término de refugiado contenido en el Convenio de Ginebra de 1951, además de otras definiciones, como la del Estatuto del ACNUR y de otros instrumentos de carácter regional como la de la Convención de la OUA sobre los refugiados de África 1969, o la de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados 1984. Sobre estas últimas dos, solo hace mención y circunscribe su análisis a los tratados de ámbito universal (párrafo 23).

El Manual atiende esencialmente los diversos problemas de interpretación que plantean las definiciones en cuestión, al momento de aplicarse a casos concretos, así como las principales disposiciones que se desprenden de la Convención/Protocolo para los refugiados. En efecto, el Manual del ACNUR es la guía básica en que se apoya la oficina del ACNUR para interpretar la definición de refugiado y es considerada la referencia para un mejor entendimiento de los criterios del ACNUR respecto de la definición de refugiado, por parte de los Estados¹³⁹.

¹³⁸.Fue publicado por vez primera en español en 1988 y la última edición es de diciembre de 1992.

¹³⁹.En 1979, la entonces División de Protección Internacional produjo el Manual a petición del Comité Ejecutivo, con el fin de orientar a los gobiernos. El Manual representa el conocimiento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados respecto a los diversos elementos de los criterios para reconocer el estatuto de refugiado, conocimiento acumulado durante sus primeros 25 años; incluye y toma en cuenta la práctica del ACNUR y de los Estados y los intercambios de puntos de vista entre la Oficina y los Estados Partes de la Convención de 1951, así como la bibliografía sobre la materia a la fecha de su publicación. El Manual, reeditado en 1992 por el ACNUR, ha resultado ser una guía útil para funcionarios gubernamentales, personal del ACNUR y tribunales que determinan solicitudes de asilo. Véase en este sentido, en "La interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados", ACNUR 2001. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2553.pdf>, última visita el 20.12.2010.

El procedimiento para determinar la condición de refugiado, es seguramente la fase más delicada del proceso. Según los creadores del Manual del ACNUR, esto se debe a los incalculables problemas que pueden surgir en cada situación, teniendo en cuenta, la imposibilidad de contemplar en un documento de estas características, todos los supuestos en que una persona puede solicitar refugio.

Desafortunadamente el Manual del ACNUR tiene sus limitaciones, y guarda silencio en otras cuestiones estrechamente relacionadas con la determinación de la condición de refugiado, tales como la concesión del asilo o el trato jurídico *a posteriori*, por ejemplo, el *non refoulement*, o la expulsión (párrafo 24).

En los mencionados supuestos, el Manual del ACNUR recomienda proceder con apego a los principios definidos por el Comité Ejecutivo, inspirados fundamentalmente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en las llamadas Directrices del ACNUR, mismas que “complementan el Manual del ACNUR y pretenden proporcionar orientación a los gobiernos, los abogados, las personas encargadas de la toma de decisiones y el poder judicial, así como al mismo personal del ACNUR”¹⁴⁰. En consecuencia de todo lo expuesto, como es natural, las encomiendas de la ONU han hecho que las competencias del ACNUR se extiendan para otros colectivos, tales como los apátridas, los refugiados climáticos, o los desplazados internos, que tan solo hasta el 2006 alcanzaban la cifra de 25 millones de personas¹⁴¹, situación que evidencia la rigurosa selectividad que supone obtener el estatuto del refugiado, bajo los criterios de la Convención/Protocolo para los refugiados y que contrasta con las necesidades actuales de la comunidad internacional.

¹⁴⁰.Declaración del ACNUR, sobre el artículo 1D, de la Convención de 1951, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7342.pdf>, última visita el 26.02.2011.

¹⁴¹.Ídem. El ACNUR, desde sus orígenes ha proporcionado asistencia a más de 50 millones de refugiados. Hasta el año 2006, el número de personas desarraigadas, bajo el amparo del ACNUR y otras que no lo estaban, alcanzaban los 40 millos, es decir, una de cada 136 personas en el mundo.

Ahora bien, los medios con que dispone el ACNUR para asegurar la protección de los refugiados, son los siguientes:

- a) La promoción de la conclusión y ratificación de los convenios internacionales para proteger a los refugiados, vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a los mismo;
- b) La promoción de acuerdos especiales con los gobiernos, la ejecución de todas las medidas destinadas a mejorar la situación de los refugiados y a reducir el número de los que requieran protección;
- c) La asistencia para los gobiernos y para los particulares en sus esfuerzo para fomentar la repatriación voluntaria de los refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales;
- d) La promoción de la admisión de refugiados, sin excluir a los de categorías más desamparadas, en los territorios de los Estados;
- e) Tratando de obtener que se conceda a los refugiados permiso para trasladar sus haberes y especialmente los necesarios para su reasentamiento;
- f) Obteniendo de los gobiernos información acerca del número y la situación de los refugiados que se encuentran en sus territorios, y de las leyes y reglamentos que les conciernen;
- g) El mantenimiento del contacto permanente con los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales interesadas;
- h) El establecimiento de contacto, en la forma que juzgue más conveniente, con las organizaciones privadas que se ocupen de cuestiones de refugiados;
- i) Facilitando la coordinación de los esfuerzos de las organizaciones privadas que se ocupen del bienestar social de los refugiados (punto 8 del Estatuto).

El Estatuto deja abierta la posibilidad de ampliar las actividades del ACNUR, principalmente en temas como la repatriación y reasentamiento de refugiados, siempre y cuando no se rebasen los límites de los recursos con que se dispone (punto 9 del Estatuto)¹⁴².

¹⁴².En este sentido TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 70.

Por otro lado, el reconocimiento del ACNUR en el marco de la Unión Europea es muy significativo, pero también es un ejemplo de cómo el ACNUR puede tener más o menos presencia en determinadas regiones del Mundo. En este escenario se incorporó por vez primera al ACNUR a través de una Declaración, en el Tratado de Ámsterdam, en virtud de la cual se le dotó de facultades consultivas (sin derecho de voto) en cuestiones relacionadas con la política de asilo. Lo que se reitera en el Plan de acción sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia del Tratado de Ámsterdam, y también en Tempere los días 15 y 16 de octubre de 1999¹⁴³, donde además el Consejo Europeo destacó la importancia de consultar al ACNUR sobre cuestiones relacionadas con sus funciones.

Se desprende de las actuales directrices del ACNUR, que en los últimos años sus esfuerzos se han centrado en asistir al alto número de inmigrantes económicos que intenta atravesar las fronteras de los Estados miembros de la Unión Europea de forma irregular, enfrentándose a los durísimos sistemas de recepción que ahí les aguardan para frustrar sus intentos, tal y como sucede en otras zonas industrializadas del Mundo.

Sin embargo, la inmigración económica tan expuesta en estos años, parece no ser la única protagonista en un futuro cercano, puesto que el ACNUR ha reflejado también una gran preocupación por los refugiados climáticos. A finales del 2007 había en todo el mundo 11, 4 millones de refugiados, a demás de 26 millones de personas desplazadas en razón de conflictos dentro de su propio país (desplazados internos) y otras 26 millones de personas desplazadas por desastres naturales (refugiados climáticos).¹⁴⁴

¹⁴³.GARCÍA DE VINUESA, Belén, “El asilo a partir de Ámsterdam”, Oficial de Protección, ACNUR, Madrid, Diciembre de 2001, pp. 1-5.

¹⁴⁴.Estas son las cifras que revela el informe del ACNUR presentado ante Asamblea General de las Naciones Unidas, relativo al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 30 de junio de 2008, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6740.pdf>, última visita el 16.10.2010.

II.2.1. La definición de refugiado según el Estatuto del ACNUR.

Tal y como hemos adelantado, el Estatuto del ACNUR nació unos pocos meses antes que la Convención de Ginebra de 1951, por lo que naturalmente existen muchas semejanzas entre estos textos. En este sentido, las primeras categorías de personas que contempla la definición de refugiado del Estatuto del ACNUR, se refieren al igual que el Convenio de Ginebra, a:

(...) “Cualquier persona que haya sido considerada como refugiado en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 o del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados” (punto 6.A.i).

(...) “Cualquier persona que como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951, y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él.” (Punto 6.A.ii).

Si bien la Convención de Ginebra tiene su origen en un escenario internacional, como el de las Naciones Unidas¹⁴⁵, también es verdad que se origino principalmente para resolver los problemas de los refugiados a causa de la Segunda Guerra Mundial y la Guerra Fría, lo que nos sitúa en un contexto sobre todo europeo, que se refleja en una mayor representación de los Gobiernos europeos en la Convención de 1951 (diecisiete para ser exactos, de un total de veintinueve).

Conscientes de esto, la comunidad internacional decidió dotar de un carácter universal desde el inicio al Estatuto del ACNUR, lo que se ve reflejado en la definición de refugiado anejo al mismo, que incluye a más categorías de personas y que va más allá de los alcances de la definición del Convenio de

¹⁴⁵.GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J, op.cit., p. 104.

1951, en este sentido también serán refugiados de conformidad con el Estatuto del ACNUR:

(...) Cualquier otra persona que se halle fuera del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, fuera del país en el cual tenía su residencia habitual, por tener o haber tenido temores fundados de ser víctima de persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad, u opiniones políticas, y no pueda, o debido a ese temor, no quiera acogerse a la protección del gobierno del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual” (punto 6.B).¹⁴⁶

Como podemos darnos cuenta, esta definición difiere terminológicamente de la definición de la Convención de Ginebra. Primero, ninguna de las definiciones del Estatuto se refiere al motivo de persecución por <pertenencia a determinado grupo social>, como si lo hace la definición del Convenio de 1951. Segundo, la definición del Estatuto incluye la expresión: “razones que no sean de mera conveniencia personal”, lo cual no se encuentra ni en el Convenio de 1951, ni en el Protocolo de 1967. Sin embargo para algunos esta expresión se encuentra implícita en dichos textos, puesto que se entiende que es muy difícil que un Estado conceda el estatuto de refugiado por “meros interés personales”¹⁴⁷.

Otra diferencia consiste en el empleo del término <fundados temores>, plasmados en el Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967, mientras que el Estatuto del ACNUR emplea <temores fundados de ser víctima de persecución>, sin embargo, se entiende que esta diferencia no es en absoluto de fondo, puesto que en la práctica dichos términos se han utilizado como sinónimos¹⁴⁸.

¹⁴⁶. Véase en este sentido a TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p 67.

¹⁴⁷. GALINDO VÉLEZ, Francisco, “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”, en “Derecho internacional del los refugiados”, coordinada por NAMIHAS, Sandra, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001, pp. 45 y ss.

En lo referente a la omisión en la definición del Estatuto del ACNUR, de la noción de <pertenencia a determinado grupo social>, es preciso decir que pese a ello, el ACNUR en la práctica se ocupa de refugiados comprendidos en esa razón, y por otras más entendidas en la esfera de su competencia, nos referimos a los “*mandate refugges*”¹⁴⁹.

La diferencia más tangible, oscila en que con la definición del Estatuto, el ACNUR tiene competencia para otorgar protección prescindiendo de toda fecha límite o limitación geográfica desde el principio, a diferencia del Convenio de Ginebra, cuyas limitantes permanecieron hasta la adopción del Protocolo de 1967.

Sin perjuicio de lo anterior, bajo los auspicios de las Naciones Unidas e independientemente de que se encuentren o no, en un país que sea parte de la Convención/Protocolo para los refugiados, el ACNUR puede otorgar refugio en virtud de su mandato (como hemos dicho *supra*), a otros colectivos, es decir, los refugiados en sentido amplio, que sin tener “temor fundado” de persecución huyen de la violencia generalizada en sus países de origen, apátridas o refugiados climáticos, colectivos comprendidos en los denominados “refugiados de facto”.

De las afirmaciones anteriores, surgen algunas interrogantes que es conveniente aclarar, tales como ¿qué tipo de relación guarda el Estatuto del ACNUR con el Convenio adoptado en la Convención de Ginebra de 1951? O bien, ¿qué efecto tiene sobre las obligaciones de los Estados contraídas con el Convenio de Ginebra, el hecho de que las competencias del ACNUR se amplíen en razón de las personas protegidas, en virtud de la definición más amplia plasmada en su Estatuto y en virtud de su mandato?

¹⁴⁸.Ibídem.

¹⁴⁹.Cfr. Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, capítulo II.

En primer lugar, es preciso recordar que el Estatuto del ACNUR es un reglamento, es decir, norma de organización interna, donde se establecen sus funciones y competencias y que tiene su origen en la citada resolución 428 (V) aprobada por Asamblea General, de conformidad con el art. 22 de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, con total independencia del Convenio de Ginebra de 1951, es decir, que hablamos de dos textos distintos. Por tanto, la competencia del ACNUR, concebido como un órgano subsidiario de las Naciones Unidas, se encuentra supeditada a las iniciativas del Consejo de Seguridad, de la Asamblea General, o del Secretario General.

No se trata pues, de un Tratado de derecho internacional, como si lo es el Convenio de Ginebra, del cual se desprenden ciertas obligaciones para los Estados.

A pesar de las grandes analogías entre el Estatuto del ACNUR y la Convención de Ginebra, no existe una relación jerárquica entre los citados textos, sino más bien de complementariedad. Sin perjuicio de que del propio Convenio de Ginebra se desprende el vínculo jurídico más importante que tienen los Estados para con el ACNUR, que les obliga a facilitar las tareas de vigilancia de la aplicación del Convenio/Protocolo para los refugiados.

La explicación sobre las actuaciones del ACNUR en relación con los refugiados fuera de la definición del texto de Ginebra, y de la definición de refugiado más amplia plasmada en su Estatuto, se encuentra en “la Tercera Comisión de la Asamblea General, donde se discutió al mismo tiempo las definiciones del término refugiado del Estatuto y de la Convención de 1951. Sin embargo, pese al acuerdo general, de que debía existir una estrecha correlación entre ambas definiciones, no fue posible lograr ese objetivo”¹⁵⁰.

Las discusiones entre los Estados propiciaron dos grupos con encontradas posturas, uno con el firme deseo de contar con una definición universal amplia, y otro con una marcada reticencia a asumir obligaciones

¹⁵⁰.Cfr. GALINDO VÉLEZ, Francisco, op. cit., 54.

ilimitadas, lo que dio como resultado la adopción de dos textos. Por una parte, el del Estatuto del ACNUR, con el agregado de una definición general ilimitada, para permitir al ACNUR interceder junto con los gobiernos de los Estados a favor de otros grupos de refugiados, pero sin fuerza jurídica vinculante para los Estados. Y de otro lado, el segundo grupo con el texto del Convenio de Ginebra, éste sí, de carácter obligatorio para los Estados, pero con una definición de refugiado más estrecha y selectiva.

En torno a lo ocurrido, se ha generado un debate que ha perdurado en el tiempo y se ha llevado a cabo en numerosas consultas entre el ACNUR y los gobiernos, sobre todo europeos. En 1985 por ejemplo, se trataron las mencionadas cuestiones una vez más en Ginebra, en un esfuerzo por llegar a un acuerdo sobre la situación de las nuevas categorías de refugiados, que en virtud de la ampliación del mandato del ACNUR, son categorizados como *“mandate refugees”*¹⁵¹.

Varios Estados formularon marcadas objeciones; Australia por ejemplo, consideró en su momento que el ACNUR debía proteger a lo que denominó *“clase ampliada”* (por no estar de acuerdo en que se les denominara “refugiados”), no obste estos colectivos no debían tener el mismo grado de protección que los perseguidos por los motivos contemplados en la Convención de Ginebra. Suiza estaba de acuerdo en que el ACNUR debía ir más allá del concepto tradicional de refugiado, y manifestó su preocupación por el abuso en las solicitudes de asilo. La República Federal Alemana, aclaró qué, aún cuando la competencia del ACNUR se amplíe más allá de los límites del Convenio de 1951, no variaría por ello en absoluto, la obligación legal de los Estados con respecto de dicho Convenio¹⁵².

En resumen el Estatuto está concebido como la base para la función internacional de protección del ACNUR¹⁵³. Como un instrumento con el cual,

¹⁵¹.GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op, cit., p. 171.

¹⁵².Ejemplos citados por GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op, cit., p. 171.

las Naciones Unidas busca subsanar las carencias del Convenio/Protocolo para los refugiados, asumiendo la responsabilidad del coste económico y político o de cualquier otra naturaleza que reúsan asumir los Estados.

Sin embargo, con el Estatuto sin poder coercitivo supranacional, los Estados podrán variar de políticas según les convenga, lo que se traduce en una intervención del ACNUR totalmente desigual, tanto en los sistemas internos de asilo y refugio de los Estados¹⁵⁴, como en otras cuestiones, tales como en los casos en que el ACNUR lleve a cabo acciones para otorgar protección a refugiados que escapen de la definición de Ginebra en el territorio de los Estados, situaciones que los Estados no están obligados a permitir, y en cuyo caso previamente se debe conseguir el consentimiento del Estado en cuestión.

Esta laguna legal y reglamentaria, los Estados prefieren rellenarla a través tratados bilaterales con el ACNUR, los cuales naturalmente adquiere matices propios según las circunstancias y predisposición de cada país.

De todo lo anterior, destaca sobremanera el alto grado de responsabilidades que ha ido adquiriendo el ACNUR, en consonancia con el incremento de sus funciones, desde una perspectiva subjetiva (categorías de personas protegidas), tanto como objetiva (actividades que desempeña), y contrasta con el pobre número de medios con que cuenta para funcionar.

II.3. Las principales disposiciones de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo adicional.

La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, recoge una definición general del término de refugiado, la cual establece las categorías de personas que pueden ser consideradas como tales. Dicha

¹⁵³. Conclusión n° 4 (XXVIII), Instrumentos Internacionales 1977, Comité Ejecutivo del ACNUR.

¹⁵⁴. Véase en este sentido a BLANQUER, David, op. cit., pp. 130 y ss.

Convención se aprobó con el propósito de sustituir anteriores Convenios *ad hoc*, que recogían definiciones de refugiado para situaciones específicas, adoptados durante la etapa de entre Guerras en el Continente europeo¹⁵⁵.

Debemos repetir, que el Convenio de Ginebra de 1951 constituye hoy en día la columna vertebral del derecho internacional de los refugiados, modificada en su día por el Protocolo firmado en Nueva York en 1967, con el cual se eliminan los límites temporales y geográficos que se aplicaron deliberadamente en la definición de refugiado del Convenio del 1951. Conviene remarcar, que los Estados que han adoptado dicho marco legal, están obligados a aplicar sus disposiciones de buena fe, en virtud del principio de *pacta sunt servanda*, codificado en la Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de los Tratados internacionales.

Dicho lo anterior, los principales aspectos a tener en cuenta del mencionado Convenio, además de la definición de refugiado en que se basan los sistemas nacionales y regionales de reconocimiento de dicha condición, son los derechos y obligaciones inherentes a la condición jurídica del refugiado que del mismo se desprenden, así como los principales artículos que han forjado principios¹⁵⁶, tal es el caso de: la codificación del *non-refoulement* (art. 33), norma de derecho consuetudinario internacional, que ha sobrepasado los límites de la propia Convención de Ginebra, llegando al punto de considerarse incluso como norma de Derecho consuetudinario y necesario; el principio de no discriminación (art.3) en la aplicación del Convenio en cuestión, o la no-sanción en la entrada y presencia ilegales (art.31) .

Todo esto en conjunto conforma un estándar mínimo de protección, de un gran contenido axiológico y de carácter innegociable, dirigido a salvaguardar los derechos fundamentales de la persona y su dignidad¹⁵⁷. Debemos señalar, que la Convención/Protocolo para los refugiados no regula el derecho de asilo,

¹⁵⁵.En este sentido, GORTAZAR ROTAECHE, Cristina, op.cit., p. 106.

¹⁵⁶.En este sentido, AUNIÓN MUÑOZ, Antonio, op.cit., p.41.

¹⁵⁷.En este sentido, TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 138.

tan solo lo presupone, y remite tal labor al derecho nacional. Así, los Estados tienen la libertad de elegir los medios para aplicar las disposiciones del referido marco legal, que puede ser de forma legislativa, reglamentaria por vía administrativa, a través de los procedimientos informales *ad hoc*, o bien, como normalmente ocurre, una combinación de dichos medios.

No obstante, siguiendo a GUDWIN-GILL, “en ningún caso bastará la mera conformidad formal para descargar la responsabilidad de un Estado”; es decir, deberá valorarse también el sentido práctico y resultado material de la asunción del Convenio/Protocolo para los refugiados, desde la aplicación de la Ley nacional de conformidad con dicho marco legal, hasta el ejercicio de la administración en lo que respecta al inicio y final del procedimiento de asilo y en su caso el tratamiento dado por los Tribunales judiciales; lo que en suma deberá reflejar si el “Estado ha alcanzado el estándar internacional de eficacia razonable y aplicación eficiente de las disposiciones del tratado en cuestión”¹⁵⁸.

Ahora bien, la primera categoría de personas que podían beneficiarse de la condición de refugiado de conformidad con la definición comentada (en su Artículo 1, Sección A, Párrafo 1) comprendía, como antes mencionamos, a los ya considerados refugiados por algunos instrumentos suscritos entre 1929 y 1946¹⁵⁹. La segunda categoría, dentro del el primer texto en su Artículo 1, Sección A, Párrafo 2, estipula que:

“A los efectos de la presente Convención, el término refugiado se aplicará a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes

¹⁵⁸.G.S. GOODWIN- GILL, “*The Refugee in International Law*”, 2ª Ed. Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 230-241.

¹⁵⁹.En este sentido, GALINDO VÉLEZ, Francisco, op.cit., p. 5.

tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

Uno de los principales problemas a que se ha enfrentado ésta definición, oscila en las distintas interpretaciones de las que es susceptible por parte de las autoridades responsables del examen de una solicitud de asilo, puesto que el reconocimiento de la condición de refugiado corresponde a los Estados miembros de la Convención. Las diferencias más comunes consisten en la valoración de los hechos relatados por el solicitante, el efecto de la estancia en un primer Estado de acogida considerado seguro, en la valoración o interpretación de las medidas tomadas por el agente de la persecución, o bien, en la interpretación de los distintos motivos de persecución que menciona la definición en relación con los hechos contenidos en la solicitud.

En consideración a lo anterior, enseguida haremos un breve análisis a los principales elementos formales requeridos para acogerse a la definición legal del refugiado en el sentido del Convenio de 1951.¹⁶⁰

II.3.1. La condición de extranjero o apátrida.

Para que se pueda otorgar protección al refugiado, está claro que este deberá poder salir antes del territorio nacional del Estado que le persigue (y en caso de los apátridas, del territorio en que es perseguido) y entrar en el ámbito nacional del Estado del que pretende tal protección, situación que lo convertirá necesariamente en un extranjero.

Estas circunstancias permitirán que los demás Estados, bajo el ámbito de su soberanía, puedan reconocer la condición de refugiado de los extranjeros o apátridas que así lo soliciten¹⁶¹. Por tanto la nacionalidad debe tenerse en

¹⁶⁰. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *“La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”*, Colex, Madrid, 2002. p. 46 y ss.

¹⁶¹. En este sentido, GORTAZAR ROTAECHE, Cristina, op.cit., p. 110.

cuenta como elemento determinante en el reconocimiento de dicha condición, ya que puede constituir una excluyente, el hecho de poseer más de una nacionalidad en los supuestos en que el solicitante sin causa justificada, no ha pedido protección a cualquiera otro país del que posea el estatus de nacional. En este sentido la definición de la Convención de Ginebra del artículo 1, Sección A, párrafo 2, nos dice que:

“En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión ‘del país de su nacionalidad’ se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea”.

En cuanto a los apátridas, el vínculo (inexistente) de la nacionalidad se sustituye por el de la residencia habitual, y en todo caso se requerirá que el apátrida solicitante, se halle fuera del país de dicha residencia, que el país en cuestión le persiga por alguno de los motivos señalados en el Convenio de Ginebra, o bien, que dicho país tolere o sea incapaz de proporcionar protección.

II.3.2. El concepto de persecución y la existencia de *fundados temores de ser perseguido*.

El texto del Convenio de Ginebra no define el concepto de persecución, ni tampoco se encuentra definido en ninguna parte del derecho internacional¹⁶², situación que ha dado lugar a múltiples interpretaciones.

El Glosario de términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados, del ACNUR, nos dice que “la persecución” en el contexto de los refugiados, “designa todo acto mediante el cual se vulneran gravemente los

¹⁶². Interpretación del Artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, ACNUR, 2001, p. 7, párrafo 16.

derechos fundamentales por motivos relacionados concretamente con la raza, la religión, la nacionalidad, las opiniones políticas o la pertenencia a determinado grupo social¹⁶³, es decir, en virtud de los motivos enunciados en las definiciones del Estatuto del ACNUR y del Convenio de Ginebra.

No obstante la interpretación jurisprudencial en algunos Estados, han reconocido por ejemplo a “los refugiados por motivos económicos”, aunque esto supone solamente una extensión de alguno de los cinco motivos que determina el Convenio. Así por ejemplo, el Tribunal federal de apelación Canadiense, aborda esta cuestión en el caso *Luis Rene Amyo Encina v. Minister of Employment and Immigration*. Se trata de un socialista chileno, que tras el golpe de Estado en aquel país, se ve perjudicado en su trabajo al grado de ser despedido y excluido de toda posibilidad de obtener un nuevo empleo. Lo que supone una privación de sus derechos sociales, económicos y laborales por parte del Estado de origen, lo cual se traduce en una grave discriminación por razón de sus convicciones ideológicas y políticas, y así lo entiende dicho Tribunal¹⁶⁴.

Por otra parte, debemos mencionar que algunos países y regiones determinan la condición de refugiado con base en definiciones más amplias, así por ejemplo la reciente ley mexicana sobre refugiados y protección complementaria, de enero de 2011, incluye (en su definición en el artículo 13, párrafo 1) <el género>¹⁶⁵ como motivo de persecución, y entendido dentro de dicho motivo la orientación sexual. Así también se considera como refugiado (mismo artículo, párrafo 2), al extranjero que haya huido de su país de origen a causa de “la violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, la

¹⁶³.Glosario de términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados, Oficina del ACNUR, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=1477#Conflictos, última visita el 20.03.2011.

¹⁶⁴.Ejemplo citado por GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, op. cit., p. 114.

¹⁶⁵.Debemos comentar que el <género> y el <sexo> son dos cosas distintas, el primero designa la condición orgánica masculina o femenina, o bien un conjunto de seres pertenecientes a un mismo sexo (rae.es). mientras que, el género denota construcción social, que engloba e incluye dichas diferencias. El ACNUR entiende que el sexo se encuentra dentro del concepto más amplio de género, y utiliza el término persecución por razones de género, para denotar tanto las formas como las razones por las que se produce persecución.

violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”, lo que supone nuevos motivos de temor fundado de ser perseguido¹⁶⁶, por <efectos indiscriminados de violencia> asociados a los mencionados conflictos, situaciones que escapan del Convenio de Ginebra.

El ACNUR identifica a los “fundados temores de ser perseguido” como la parte clave de la definición¹⁶⁷. Existe una polémica doctrinal en torno a la concreción de esos fundados temores, es decir, si se precisa un análisis completamente objetivo (dados los riesgos que conllevaría el recurso a un elemento tan subjetivo como es el miedo) o si se precisa recurrir también a ciertos elementos subjetivos inherentes a la credibilidad¹⁶⁸. Parece ser que los Estados se inclinan más por atender los elementos objetivos, con lo cual son recurrentes las practicas de sobreseimiento de solicitudes por considerarse mal fundadas, debido muchas veces a la imposibilidad de los solicitantes de aportar pruebas contundentes de sus relatos.

En la doctrina tampoco se ha logrado un consenso general sobre el alcance del concepto de persecución, un sector opina que no se consideró necesario definir el término en el Convenio, porque se pensaba que este era ampliamente conocido gracias a otros instrumentos y a la experiencia; mientras que otro sector opina que se omitió dicha definición deliberadamente, a fin de que se fueran incluyendo nuevas formas de persecución. El ACNUR parece inclinarse por la segunda postura comentada, en lo que interpreta como un “un fuerte indicativo de que con base en la experiencia del pasado, los redactores quisieron que todas las formas futuras de persecución fueran abarcadas en el término”¹⁶⁹.

¹⁶⁶.Ley Mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria, de 27 de enero de 2011.

¹⁶⁷.Interpretación del Artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, ACNUR, 2001, p. 5, párrafo 11.

¹⁶⁸.G.S. GOODWINN- GILL, op. cit., pp. 235 y ss.

¹⁶⁹.Interpretación del Artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, ACNUR, 2001, p.7, párrafo 16.

Para ayudar a delimitar el núcleo duro del concepto de persecución, se han identificado tres factores, a saber¹⁷⁰:

a).- ¿Quiénes pueden o no llevar a cabo una persecución? Está generalmente admitido que las autoridades del país de origen son los sujetos que más habitualmente realizan persecuciones; sin embargo, se plantea la cuestión de la posible inclusión, dentro de esta noción, de las persecuciones llevadas a cabo por grupos paramilitares, organizaciones terroristas, rebeldes, familiares, vecinos, entre otros. El Convenio de Ginebra de 1951 guarda silencio al respecto, pero el ACNUR, en su Manuales tipula que “El comportamiento vejatorio o gravemente discriminatorio observado por ciertos sectores de la población local puede equipararse a la persecución si es deliberadamente tolerado por las autoridades o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”¹⁷¹. La práctica estatal en casi todo el mundo, apoya la interpretación del ACNUR, la cual reconoce que la persecución realizada por agentes no estatales, se encuentra dentro de la definición de refugiado de la Convención de Ginebra¹⁷².

b).- ¿Con base a qué actuaciones o medidas? Atendiendo al factor objetivo de delimitación de la persecución, si bien es cierto que es preciso valorar cada caso individualmente, la gravedad de los hechos ha de tenerse en cuenta y, por tanto, quedan fuera de esta consideración actuaciones o medidas de ámbito menor. No obstante, puede suceder que una persona haya sido víctima de diversas medidas de carácter discriminatorio que, aunque particularmente no puedan considerarse suficientemente graves como para constituir una persecución, su acumulación o concurrencia puede jugar a favor de las alegaciones de persecución¹⁷³. Por otra parte, no pueden entenderse

¹⁷⁰.MARTÍN ARRIBAS, Juan José. op.cit., pp. 59 y ss.

¹⁷¹.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, párrafo 51.

¹⁷².Interpretación del Artículo 1, de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, ACNUR, 2001, p. 9, párrafo 19.

como perseguidos aquellos a quienes se aplica una ley de carácter general, puesto que, como indica ALLAND¹⁷⁴, “el estatuto de los refugiados no es un medio para evitar la aplicación de las leyes estatales e incumplir sus deberes como ciudadanos”.

c).- ¿Qué circunstancias influyen en el caso concreto? La valoración debe hacerse teniendo en cuenta todas las circunstancias de cada caso y, tienen cabida, no sólo los elementos subjetivos y objetivos, sino también toda la problemática temporal que se plantea. A este respecto, el ACNUR¹⁷⁵ entiende que “el término temor no se refiere sólo a las personas que de hecho ya han sido perseguidas, sino también a las que desean evitar una situación que implica un riesgo de persecución”.

Al respecto existen diferentes propuestas, unas que proponen reconocer como refugiados, a quienes se encuentren fuera del país de su nacionalidad por haber sufrido persecución y también a quienes tienen “un temor fundado de sufrir persecución en un futuro inmediato (propuesta norteamericana); otras se concretan en incluir solamente a quienes tienen un temor fundado de sufrir persecución (propuesta francesa y británica)¹⁷⁶.

Cabe señalar que la Convención de Ginebra no exige haber sufrido persecución anteriormente, sino solamente tener miedo fundado de sufrirla.

Por último, siguiendo a GORTÁZAR ROTAECHE, entendemos que la interpretación <individualizada> de persecución, realizada por algunos Estados, es errónea y pudiera concebirse perfectamente de manera <colectiva>¹⁷⁷. La doctrina y el Comité Ejecutivo del ACNUR, señalan que una interpretación

¹⁷³.MARTÍN ARRIBAS, Juan José. op.cit., pp. 62 y ss.

¹⁷⁴.ALLAND, D. “*Le dispositif international de droit d’asile. Rapport general*”, in *Droit d’asile et des refugiés, Colloque de Caen*. S.F.D.I., Paris, Pédone, 1997.

¹⁷⁵.Manual de procedimientos y criterios para determinar la condición de refugiado, párrafos 51 y ss.

¹⁷⁶.Ejemplo citado por GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, op. cit., p. 111.

¹⁷⁷.En este sentido, TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 140.

amplia de la Convención pudiera dar lugar a el reconocimiento de perseguidos en grupo, lo cual a nuestro juicio sería más adecuado para las exigencias actuales de nuestra época, sin perjuicio de los procedimientos ya existentes en situaciones especiales de desplazamientos masivos de personas, tales como *el prima facie*, practicas muy propias del ACNUR, en cuyo caso la protección se concede bajo los auspicios de Naciones Unidas.

II.3.3. La necesidad de una situación de desprotección.

Desde la perspectiva del ACNUR, la consideración de una efectiva protección del Estado, es un elemento más, que en concomitancia con otros de una amplia gama, servirán para determinar la condición de refugiado, especialmente cuando los agentes de la persecución no son estatales¹⁷⁸.

La situación de desprotección puede ser claramente objetiva, es decir que <no pueda> acogerse a la protección de su país, o bien, subjetiva, ósea, que a causa de sus fundados temores <no quiera acogerse> a la protección de dicho país, lo que en el último caso conlleva naturalmente serias dificultades de prueba respecto del supuesto conflicto personal existente entre la persona en cuestión y su Estado (o el ente perseguidor).

La situación de desprotección objetiva puede originarse, por un lado, como consecuencia de acontecimientos tales como una guerra o disturbios graves que impidan que el país de origen preste su protección o esta sea ineficaz¹⁷⁹, y por otro, por el hecho de que las autoridades estatales competentes del Estado del que es nacional, le denieguen tal protección, con

¹⁷⁸. Interpretación del Artículo 1, de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, ACNUR, 2001, p.7, párrafo 15.

¹⁷⁹. LEGOUX, L. TIBERGHIE, F., VIANNA, P., "Les réfugiés dans le monde", *Problèmes politiques et sociaux*, n° 699, de 5 de Marzo de 1993, p. 8. Esta idea no es pacíficamente admitida por toda la doctrina. Así, autores como L. LEGOUX, F. TIBERGHIE y P. VIANNA discrepan en éste punto alegando, entre otras razones, que dicha situaciones no entrañan un conflicto personal con el Estado de origen (requisito exigido para la concesión del estatuto de refugiado).

gestos como la no concesión de un pasaporte nacional o su prórroga, o la denegación de la entrada en su territorio.

En resumen, no es necesario que el Estado sea el ente que persigue, simplemente bastará con que este no otorgue protección, bien porque sea incapaz o bien porque no quiera hacerlo.

II.3.4. El cese de la condición de refugiado.

La Sección C, del artículo 1, de la Convención de Ginebra contiene las cláusulas de cesación, es decir, las disposiciones que indican en qué momento cesa la condición de refugiado. Por su parte, las Secciones 1D, 1E, 1F, de dicho Artículo, mencionan los colectivos de personas a los que el Convenio deniega expresamente el acceso al estatuto de refugiado, aún cuando cumplan los requisitos establecidos por dicho texto legal para la concesión de ese estatus.

En primer lugar, debemos comentar que el artículo 1, Sección D, de la Convención, contiene tanto disposiciones de exclusión, como de inclusión. De esta forma, en su primer párrafo nos dice que:

“Esta Convención no será aplicable a las personas que reciban actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas, distinto al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”.

El sentido literal del mencionado párrafo puede ser confuso a la luz del contexto actual de nuestra época, y debe recordarse que estas disposiciones se adoptaron hace aproximadamente 62 años, cuando aún estaban activas algunas agencias *ad hoc* de Naciones Unidas para los refugiados. En este caso, el ACNUR ha dejado claro que el párrafo en cuestión se refería

anteriormente al Organismo de las Naciones Unidas para la Reconstrucción de Corea y en la actualidad se refiere al Organismo de Obras Públicas y Socorro de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (en adelante “la OOPS”, o por sus siglas en inglés “UNRWA”), Organismo que brinda protección a los más de 4 millones de¹⁸⁰ personas desplazadas de la parte del territorio de Palestina ocupada por Israel, a causa de los conocidos conflictos árabe-israelí de 1948 y 1967, fecha ésta última en que Israel ocupó definitivamente una parte de territorio Palestino¹⁸¹.

Dicha protección se da en virtud de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU 194 (III), del 11 de diciembre de 1948 y la 2252 (ES-V) de 4 de julio de 1967, y no solamente a los grupos mencionados, sino también a sus descendientes¹⁸².

Debe precisarse que el ámbito de actuación de la OOPS, se limita algunas zonas de Oriente Medio, con lo cual solamente puede proporcionar asistencia en esas áreas, es decir, que los refugiados de palestina que se encuentren fuera de las áreas indicadas, se pueden tener en consideración para los efectos de determinar su condición de refugiado en virtud de los criterios indicados *supra* sobre la definición de la Convención de Ginebra y de conformidad con las disposiciones de inclusión, contenidas en el segundo párrafo de dicho artículo 1, Sección D, que a la letra nos dice:

¹⁸⁰.Cfr. Octava Conferencia Mundial de la AIJDR, Cope Town, Sudáfrica, Declaración de Erika Feller, Alta Comisionada Asistente en materia de Protección, 28 de enero de 2009, ACNUR. disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7075>, última visita el 29.03.2011.

¹⁸¹.En este sentido, la Declaración revisada del ACNUR sobre el artículo 1D, de la Convención de Ginebra de 1951, Publicada en el contexto del fallo preliminar referido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el Tribunal Municipal de Budapest con relación a la interpretación del artículo 12 (1) (a) de la Directiva de Reconocimiento, p. 7.

Esta revisión reemplaza la Declaración sobre el Artículo 1D de la Convención de 1951 emitida por el ACNUR en mayo del 2009, con el fin de tomar en cuenta la Nota revisada del ACNUR sobre la aplicación del Artículo 1D de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 a los refugiados palestinos (octubre 2009) y las siguientes discusiones con el OOPS.

¹⁸².Ibídem, p. 8.

“Cuando esta protección o asistencia haya cesado por cualquier motivo, sin que la suerte de tales personas se haya solucionado definitivamente con arreglo a las resoluciones aprobadas sobre el particular de la Asamblea General de las Naciones Unidas, esas personas tendrán ipso facto derecho a los beneficios del régimen de esta Convención.”

En segundo lugar, de conformidad con el artículo 1, sección E, del Convenio, las disposiciones del mismo, no serán aplicables a las personas que, pese a no tener nacionalidad del país en el que han fijado su residencia, se les reconozca los derechos y obligaciones propios a la posesión de la nacionalidad de tal país. Ha sucedido, que los Estados al realizar un examen de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, aplican dicha sección E, sin cerciorarse que efectivamente, el solicitante “goza de dichos derechos y obligaciones en la práctica”¹⁸³. Esta situación debe prevenirse, tal y como lo recomienda el ACNUR.

El artículo 1, sección F, observa la inaplicabilidad de las disposiciones del Convenio, en personas sobre las cuales se tienen fundados motivos para considerar:

- a). “Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;*
- b). Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;*
- c). Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.”*

La fórmula empleada, <de los definidos en los instrumentos internacionales> permite el desarrollo del derecho internacional en la materia

¹⁸³. Interpretación del Artículo 1, de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, ACNUR, 2001, p. 18, párrafo 40.

para su posterior observancia, tal es el caso del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, en el que se han tipificado conductas delictivas en el contexto contemporáneo universal ampliamente ilustrativas, por lo que es considerado una fuente útil por el ACNUR, en la tarea de interpretación de las cláusulas de exclusión¹⁸⁴.

Con el inciso b), se busca excluir de la protección de la Convención de Ginebra a los delincuentes comunes acusados de <delitos graves no políticos> que pretenden evadir un enjuiciamiento legítimo instruido por el Estado de origen¹⁸⁵. Un razonamiento a contrario sentido, nos indica que se busca mantener dicha protección en aquellos delincuentes comunes, que han cometido delitos menos graves. Sobre esta situación surge la cuestión sobre el alcance del concepto de <delito grave>, puesto que la gravedad de un delito puede variar de un país a otro.

El ACNUR nos indica que es necesario tener en cuenta no solo el derecho nacional de los Estados involucrados, sino también el derecho comparado e internacional, donde se puedan encontrar indicadores sobre la verdadera gravedad del delito¹⁸⁶. Algunos indicadores a tener en cuenta para determinar la gravedad de un delito común, serían los siguientes:

- la forma del procedimiento utilizado para enjuiciarlos, es decir, si es un delito que pasa por un proceso para llegar a la acusación o si se trata de manera sumaria;
- La pena prescrita, incluyendo la duración y las condiciones del periodo de prisión;

¹⁸⁴. Interpretación del Artículo 1, de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, ACNUR, 2001, p. 19, párrafo 43.

¹⁸⁵. Ibídem. p. 19, párrafo 44.

¹⁸⁶. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado, párrafo 155.

- Si existe un consenso internacional que lo considera entre los delitos más serios;
- Si es extraditable o si está sujeto a una jurisdicción universal penal;
- El daño infligido realmente como resultado de la comisión del delito.

Al aplicar esta clausula, el Manual del ACNUR sugiere establecer un equilibrio entre la naturaleza del delito que se le imputa al solicitante y el grado de persecución que este teme¹⁸⁷. Una persecución se considera grave, cuando se pone en peligro la vida o la libertad del solicitante, en cuyo caso el delito tendrá que estar considerado como <<muy grave>> para que se excluya de la protección, es decir, a mayor gravedad del delito, menor será la posibilidad de reconocimiento de la condición de refugiado.

Por último, el artículo 1C, establece las únicas situaciones por las que se puede poner término al Estatuto de refugiado debidamente otorgado. Esta disposición establece los siguientes supuestos:

- 1). *“Si se ha acogido de nuevo voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad, o;*
- 2). *Si, habiendo perdido su nacionalidad la ha recobrado voluntariamente;*
- 3). *Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad;*
- 4). *Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor a ser perseguida;*
- 5). *Si por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad.*

¹⁸⁷.Ibídem.

Queda entendido sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicaran a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores;

6). *Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.*

Queda entendido sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicaran a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del país donde tenían su residencia habitual, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores”.

Siguiendo la línea conocida sobre la división de los elementos subjetivos de los objetivos, las cláusulas anteriores suelen ser tratadas en dos partes: “aquellas referidas a un cambio en la situación personal del refugiado a través de sus propios actos; y aquellas referidas a un cambio en las circunstancias objetivas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento del estatuto de refugiado”.¹⁸⁸

El primer elemento formal, del inciso referido a la nacionalidad, pertenece a las cláusulas subjetivas, por el hecho de mediar un elemento interno del sujeto como es la <voluntad>, en el acto de acogerse a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Esta protección consiste en este contexto, en las acciones que un Estado tiene derecho a ejercer frente a otro, para proteger o hacer reparar los derechos de sus nacionales, que hayan sido

¹⁸⁸.Vid. “Las cláusulas de cesación: directrices para su aplicación”, ACNUR, 26 de abril de 1999, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/2550>, última visita el 25.03.2011.

violados o amenazados (este último es el elemento objetivo)¹⁸⁹. El refugiado en este supuesto, puede poner fin a su condición si decide acogerse a la protección del país de su nacionalidad y este se la proporciona efectivamente, frente al ente que ejerza persecución sobre él.

La segunda cláusula se refiere a los refugiados que en cierto momento perdieron la nacionalidad del Estado del cual tenían temor fundado de persecución, acto que debe ser totalmente producto de la voluntad del refugiado, ya que un acto unilateral del Estado de su antigua nacionalidad, dirigido a restablecer dicho vínculo, no tendrá valor *per se*. Es decir, el refugiado debe aceptar libremente, con pleno conocimiento de causa, el restablecimiento o reconocimiento de su antigua nacionalidad, lo que supondría una clara reconciliación. Para el ACNUR, la recuperación voluntaria de la nacionalidad, es un claro indicativo de que existe “una normalización del vínculo entre el refugiado y el gobierno respecto del cual tenía un temor fundado de persecución”¹⁹⁰.

La tercera cláusula se refiere al establecimiento de nuevas relaciones entre el refugiado y un nuevo país, este puede ser el país de asilo y o bien un tercero, del cual se obtenga la nacionalidad. El factor fundamental en este supuesto, es que el refugiado pueda disfrutar del país de su nueva nacionalidad. Para el ACNUR, deberán cumplirse dos requisitos a saber: que la nueva nacionalidad sea realmente efectiva, en el sentido de que corresponda a un “vínculo genuino” entre el individuo y el Estado (nuevamente, requisito objetivo)¹⁹¹; y que el refugiado pueda y quiera (requisito subjetivo) acogerse a la protección del Estado de su nueva nacionalidad.

¹⁸⁹.Ibídem, p. 2, párrafo 6.

¹⁹⁰.Ibídem, p. 4, párrafo 13.

¹⁹¹.Ibídem, pp. 4 y 5, párrafos 16 y ss.

El hecho de establecerse de nuevo en el país de origen (supuesto del inciso 4), presupone que se han normalizado las relaciones entre el refugiado y el Estado de su nacionalidad del cual temía persecución. Esta situación exige que el refugiado haya regresado a su país a establecerse voluntaria y permanentemente, es decir, que en los actos de retorno y permanencia no existan coacción de la voluntad. El elemento central en esta disposición es el <establecimiento>, concepto sin definir. No obstante, se pueden identificar indicativos al respecto, como el tiempo prolongado de permanencia sin que medien circunstancias externas a la voluntad del individuo que le impidan regresar al país de asilo, tales como el encarcelamiento, o chantajes o amenazas por parte del Estado de residencia.

Un tiempo corto de permanencia también puede suponer la cesación del estatuto de refugiado, si se tiene en consideración el elemento de “compromiso” cívico o ciudadano del individuo, a través de conductas como el pago de impuestos. Es posible también, que el refugiado viaje a su país de origen a evaluar la situación y con pretensiones de restablecerse. En caso de no encontrarse con condiciones favorables para tales fines, podría caber la posibilidad para una nueva solicitud de reconocimiento de refugiado, lo cual es perfectamente válido, según el criterio del ACNUR¹⁹².

Por último, en virtud de los incisos 5 y 6, las cláusulas de cesación se aplicarán cuando “las circunstancias por las cuales un individuo ha sido reconocido como refugiado han desaparecido”. En estos supuestos se requiere únicamente de la existencia de nuevas circunstancias, que hayan cambiado la anterior situación del refugiado, frente a su país de origen, es decir, elementos objetivos de cambio “fundamentales y contundentes”¹⁹³.

¹⁹².Ibídem.

¹⁹³.Ibídem.

La frase empleada en el inciso (5), que refiere que el refugiado <no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad>, parece dejar al margen los elementos internos o subjetivos del individuo, tales como su voluntad.

La situación del inciso (6), respecto al refugiado apátrida, es equiparable a la anterior, cuando dice que, <está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual>.

En consideración de todo lo expuesto, se pudiera decir a manera de conclusión, que el Convenio de 1951 se asienta sobre un evidente enfoque individualista del concepto de refugiado, para lo cual se hace preciso un análisis casuístico de cada solicitud. Por otra parte, el dejar en manos de los Estados el procedimiento para determinar la existencia, en la práctica, de los elementos configuradores de dicho concepto, propicia la coexistencia de prácticas nacionales marcadamente heterogéneas.¹⁹⁴

Por otro lado, el estatuto de refugiado ha sido concebido en el contexto internacional, como un fenómeno transitorio, que permanece mientras existan fundados temores de persecución en el país de origen, con lo cual, una vez que desaparecen dichas razones, se termina su función, lo que deja en manos de los Estados el trato a posteriori de las personas.

Se pudiera decir también, que la definición estatutaria de refugiado, es muy limitada, lo que permite a los Estados aplicar interpretaciones demasiado estrechas. Con lo que, el referido marco legal parece haber sufrido una desactualización respecto de las necesidades de la comunidad internacional, en cuanto a la protección internacional de la persona.

¹⁹⁴.Ídem.

Por su parte el Protocolo de 1967, versa sobre la extinción de las limitaciones, temporales y geográficas respecto de la aplicación de la Convención¹⁹⁵, no obstante, siguiendo a GORTÁZAR ROTAECHE, cabe señalar que la extinción de la limitación geográfica en dicho Protocolo es relativa¹⁹⁶, puesto que, si un Estado que haya accedido a la Convención de Ginebra hubiese decidido aplicar dicho tratado solo a Europa, esta limitación se aplicaría también al Protocolo en mención si no se dispone lo contrario. Cabe señalar, que cuando un Estado sea parte tan solo del Protocolo de 1967, adoptará con ello también los compromisos que se desprenden del Convenio de 1951¹⁹⁷.

II.3.5. Las causas del temor fundado de persecución.

Las causas de ese temor fundado de persecución se concretan en motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas; situación que excluye a los desplazados internos como consecuencia de conflictos civiles, violaciones masivas de derechos fundamentales, motivos económicos, los denominados refugiados climáticos entre otros colectivos de refugiados de *facto*. Siguiendo a GOODWINN- GILL, de los motivos mencionados, el concepto de <grupo social> es el que entraña mayores dificultades de concreción, incluyendo con carácter residual persecuciones por motivos de sexo (especialmente el grupo social de las mujeres en determinadas culturas)¹⁹⁸, u orientación sexual. Sí parece, con todo, preciso reclamar la necesidad añadida de vulneración de derechos de los miembros de ese grupo más allá de la mera pertenencia¹⁹⁹. Las citadas causas

¹⁹⁵.Crf. Protocolo Sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII, Serie de Tratados de Naciones Unidas Nº 8791, Vol. 606, p. 267.

¹⁹⁶.GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, op.cit., p.108.

¹⁹⁷.En este sentido, TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 72.

¹⁹⁸.GOODWINN- GILL, G., *The Refugee in International Law*, op. cit. pp. 230 -241.

poseen significados y consecuencias sociales evolutivas, de manera que precisan de una interpretación amplia con la que puedan adaptarse a la realidad social que cada época requiere.²⁰⁰

A). Raza, religión, nacionalidad.

Los motivos de persecución, que dan causa al “temor fundado” en el sentido de la definición de la Convención de 1951, se han visto reiteradamente identificados a lo largo de la historia del Derecho Internacional Público, a través de sus diversos instrumentos legales, tanto regionales, como universales²⁰¹. Así por ejemplo, se encuentran recogidos en los principios desarrollados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que a su vez se recogen en diversos tratados de la misma naturaleza. En efecto, la Declaración deja claro en su artículo 1º, que “todos los seres humanos nacen libre e iguales”, por tal motivo no debe hacerse distinción alguna por motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social” (art. 2). Además nos dice, que “no se hará distinción alguna por la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona”²⁰².

En otro ejemplo importante, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, traslada los mencionados principios, en las obligaciones asumidas por los Estados de <respetar y garantizar>, a todas las personas que se encuentren en su territorio los derechos reconocidos en dicho Pacto, “sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole,

¹⁹⁹.MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, op. cit., pp.32 y ss.

²⁰⁰.MARTÍN ARRIBAS, Juan José, op. cit., pp. 65 y ss.

²⁰¹.GALINDO VÉLEZ, Francisco, op.cit., p. 49.

²⁰².Vid. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2.

origen nacional o social, posición económica nacimiento o cualquier otra condición social”²⁰³.

La Raza pues, es la primera de las causas de persecución establecida por la Convención de Ginebra para los refugiados, probablemente porque “la discriminación por motivos raciales, ha sido condenada universalmente como una de las violaciones más palmarias de los derechos humanos”²⁰⁴, considerada también, como la causa más frecuente de movimientos de masas de refugiados²⁰⁵.

Por raza debe entenderse en un sentido amplio, “todos los grupos étnicos habitualmente denominados raza”²⁰⁶. En cuanto a la <discriminación racial>, el texto de obligada referencia, para un mejor entendimiento del empleo de esta expresión, es el emanado de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el cual en su artículo 1, párrafo 1, se refiere a ello como:

“En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas

²⁰³.Crf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1. y 2.2.

²⁰⁴.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 68.

²⁰⁵.Vid. SANTOLA MACHETII, Pablo, “Interpretación de la definición de refugiado y situaciones equiparables de protección”, en: Guía sobre el Derecho de Asilo, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2005, p. 36.

²⁰⁶.Ibídem.

*política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*²⁰⁷.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Internacional de Justicia, calificando como una <violación flagrante> de los objetivos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, el imponer distinciones, exclusiones y limitaciones, por motivos de raza²⁰⁸.

Por todo lo anterior, la discriminación racial, de acuerdo con el Manual del ACNUR, constituye un elemento importante al determinar la existencia de persecución. Si “a causa de la discriminación racial, se vulnera la dignidad humana de una persona hasta un punto incompatible con los derechos humanos más elementales e inalienables”, se estará ante una persecución por motivos raciales, en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951.

Por otro lado, la religión ha sido otra causa histórica de persecución²⁰⁹, o mejor dicho, la profesión y observancia de la misma abiertamente. Por tal motivo, debemos referirnos a la libertad religiosa como la segunda de las causas de persecución en el sentido de la Convención de Ginebra.

La Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, establece en su artículo 1, que:

²⁰⁷.Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

²⁰⁸.GALINDO VÉLEZ, Francisco, op.cit., p. 51.

²⁰⁹.La Real Academia de la Lengua Española la define como: “Conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales principalmente la oración y el sacrificio para darle culto”.

*“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”*²¹⁰.

La persecución por “motivos de religión” por lo tanto, puede darse de distintas maneras, tantas como las formas que puedan existir de coaccionar alguna de las libertades consagradas en el mencionado artículo, o bien, en forma de medidas graves de discriminación hacia las personas que practican su religión o que pertenecen a una determinada comunidad religiosa²¹¹.

En lo que se refiere al termino <nacionalidad>, al Manual del ACNUR nos dice que éste, como motivo de persecución que origina el reconocimiento de la condición de refugiado, debe entenderse en un sentido amplio, que abarca no solo la ciudadanía, sino que designa también la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico, que en ocasiones coincide con el concepto de raza²¹². En la doctrina esta generalmente aceptado que se trata en este escenario, de una nacionalidad que emerge de Estados multinacionales²¹³ o plurinacionales²¹⁴, donde coexiste con otras comunidades de personas que tienen ese mismo carácter pero con distinta identidad.

²¹⁰.Vid. La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión y las convicciones”. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, a través de su Resolución 36/55, ONU, Doc. A/36/684.

²¹¹.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 72.

²¹².Ibídem. Párrafo 74.

²¹³.GALINDO VÉLEZ, Francisco, op.cit., p. 52

²¹⁴.SANTOLA MACHETII, Pablo, op. cit., p.37

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se acerca mucho a las características de la condición nacional a la que nos referimos, en su artículo 27 establece que, “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de sus grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

Valga decir, que no siempre las minorías son las perseguidas, y aunque no es frecuente, existen ejemplos de dictaduras mantenidas por nacionalidades minoritarias²¹⁵.

A manera de conclusión, debemos puntualizar que el solo hecho de pertenecer a un grupo racial determinado, o a una comunidad religiosa, o bien a una minoría nacional, no basta para justificar la reclamación de la condición de refugiado en el sentido de la Convención de Ginebra, lógicamente deberá contextualizarse cada caso en su oportunidad. No obstante, cada situación puede ir acompañada por circunstancias especiales, que en determinados supuestos tal pertenencia a cualquiera de los referidos colectivos, sea por si sola causa bastante para temer la persecución²¹⁶.

B). La pertenencia a determinado grupo social.

El significado de <la pertenencia a un determinado grupo social>, en la definición de refugiado que aparece en la Convención de 1951, aun se encuentra lejos de un consenso general. Su determinación ha dado lugar a un

²¹⁵.Ibídem.

²¹⁶.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 68, 70, 73,76.

importante número de discusiones, estudios y debates, en el escenario del derecho internacional²¹⁷.

Por su parte la jurisprudencia de los Estados²¹⁸ ha utilizado este término para aplicarlo a grupos muy heterogéneos, de carácter empresarial, del sector periodístico, grupos agraviados por razones de género, por razón de la sexualidad, por discapacidad física o mental, entre otros²¹⁹. Por tal escenario, esta situación parece bastante clara para la doctrina, en cuya opinión generalizada, <la pertenencia a un grupo social determinado>, se utiliza en la práctica como una categoría o concepto residual para cubrir ciertos casos que no encajan en ninguna de las otras causas del <temor fundado de persecución>, es decir, ni por motivos de raza, nacionalidad, religión u opiniones políticas²²⁰. No obstante, las personas que alegan temores de ser perseguidos por pertenecer a un <determinado grupo social>, muchas veces albergan también temores, por otra de las causas a las que nos hemos referido²²¹.

²¹⁷. Véanse por ejemplo, las CONSULTAS GLOBALES sobre la PROTECCIÓN INTERNACIONAL, “Pertenencia a un determinado grupo social”, Mesa Redonda de Expertos en San Remo, 6-8 de septiembre de 2001, organizado por el ACNUR y el Instituto Internacional sobre Derecho Humanitario, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/01154.pdf>, última visita el 17 de febrero de 2011.

²¹⁸. Vid. en este sentido a TIBERGHIEU Frédéric, “La Jurisprudence du Conseil d’Etat sur la Convention de Genève du 28 de juillet 1951 relative au statut des réfugiés”, en: “La Convention de Genève du 28 de juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives”, Publications de L’institut International des Droits L’homme, Institut René Cassin de Strasbourg, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 289-324.

²¹⁹. ALEINIKOFF, ALEXANDER T. “Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de «pertenencia a un determinado grupo social», en: “Protección de los refugiados en el derecho internacional”, Consultas Globales de ACNUR sobre protección internacional, editado por FELLER, Erika, TÜRK, Volker y NICHOLSON, Frances, Icaria editorial, s. a., Barcelona junio de 2010, ACNUR, p. 289.

²²⁰. ALEINIKOFF, ALEXANDER T. op. cit., pp. 289 y ss; a, SANTOLA MACHETII, Pablo, op. cit., p. 40; a, GALINDO VÉLEZ, Francisco, op.cit., p.53; y GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op. cit., p. 123; entre otros.

²²¹. Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 77.

Esto depende en gran medida, de las circunstancias anejas a cada caso y de la interpretación que haga cada jurisdicción del mismo. Véase por ejemplo que en los sistemas legales con base en el *Common law*, o derecho consuetudinario, han surgido dos enfoques principales: “el de las características protegidas y el de la protección social”. Mientras que en los sistemas legales con base en el derecho codificado, el término pertenencia a “determinado grupo social” se encuentra menos desarrollado que los cuatro términos restantes.

Así se desprende de las “CONSULTAS GLOBALES sobre la PROTECCIÓN INTERNACIONAL” organizadas por el ACNUR, en lo que para dicho grupo de expertos, un <determinado grupo social> “está constituido por un grupo de personas que comparten características comunes que las diferencian de los demás, aparte de su riesgo de ser perseguidas. Generalmente estas características serán innatas, inmutables, o de otro modo fundamentales para la dignidad humana²²².”

El Tribunal Supremo de Canadá, en el asunto *Attorney-General v. Ward*, distingue tres categorías que entiende comprendidas en la <pertenencia a un determinado grupo social>, a saber: “a) los grupos que se definen por una característica innata o invariable; b) los grupos cuyos miembros están tan voluntariamente asociados por motivos tan fundamentales a su dignidad humana que no deben ser forzados a dejar dicha asociación; y c) los grupos asociados por haber poseído en el pasado un *status* voluntario que ahora es inalterable por su condición histórica²²³”, este último grupo escapa de la definición anterior.

Esta generalmente aceptado, que no es necesario que un grupo este unido para ser reconocido como un <<determinado grupo social>>, es decir,

²²².ALEINIKOFF, ALEXANDER T, *op. cit.*, pp. 289 y ss.

²²³.Ejemplo citado por, GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. *op. cit.*, p. 123.

que no hace falta que sus miembros se conozcan entre sí. En tal entendido resulta lógico que un solicitante no necesita comprobar que otros miembros del grupo se encuentran en su misma situación, aunque naturalmente serviría como indicio en la valoración de su demanda.

Por último, cabe señalar la tendencia que existe a aplicar este criterio a grupos concretos, que no sean muy numerosos y no representen un porcentaje importante de la población de un País²²⁴. No obstante, en este motivo de persecución han encajado colectivos tan amplios como los solicitantes por razones de género, y así podemos hablar de varios ejemplos conocidos, como la jurisprudencia alemana cuyo empleo ha sido para las mujeres procedentes de Irán; o la jurisprudencia canadiense que lo ha empleado para las mujeres procedentes de Trinidad y Tobago víctimas de abusos maritales, y las mujeres chinas con más de un hijo sujetas a prácticas de esterilización forzosa; la jurisprudencia de Nueva Zelanda para los homosexuales de origen iraní; o bien, la jurisprudencia estadounidense, para las mujeres de una determinada tribu de Togo, con riesgo de ser mutiladas genitalmente²²⁵.

En conclusión, nos encontramos ante un término vivo y en constante evolución, del cual se han venido beneficiando importantes colectivos que de otro manera habrían sufrido el peligro que se asechaba, no obstante, es importante definir sus alcances y en tal tarea sería útil explorar la relevancia del examen de la “percepción social”²²⁶.

²²⁴. ALEINIKOFF, ALEXANDER T. op. cit., pp. 289 y ss.

²²⁵. Ejemplos citados por, SANTOLA MACHETII, Pablo, op. cit., p.41.

²²⁶. En este sentido véanse, las CONSULTAS GLOBALES sobre la PROTECCIÓN INTERNACIONAL, “Pertenencia a un determinado grupo social”, Mesa Redonda de Expertos en San Remo, 6-8 de septiembre de 2001, organizado por el ACNUR, nota 151.

C). Opiniones políticas.

La persecución por motivos de <<opinión política>>, es quizá el término con más tradición en la concepción del derecho de asilo territorial o político, que en el contexto universal ha recogido la Convención de Ginebra. Se trata de las medidas de represión tomadas por las autoridades de un Estado, o bien por un poder no gubernamental, contra personas que emitan o posean una opinión política que presumiblemente perjudique a dicho Estado o dicho poder.

Al igual que los demás motivos de persecución que recoge la definición de refugiado de la Convención de 1951 aquí comentados, el de <opiniones políticas> se encuentra reiteradamente considerado por diversos texto legales del derecho internacional en sus múltiples ramas y significa para algunos, en esencia, la persecución “por la promoción y defensa de la democracia y de los derechos humanos”, rasgos comunes del derecho de asilo político consolidado por la Constitución Francesa de 1793, la cual concedía el asilo a los extranjeros expulsados de su patria por causa de la libertad²²⁷. Valor democrático universal, compartido por todos los miembros de la familia de las Naciones Unidas.

Al igual que los demás motivos de persecución, el hecho de poseer o sostener opiniones políticas diferentes, de las que tienen los poderes públicos del Estado, o en su caso el poder no gubernamental potencialmente asecador, no es suficiente para justificar en sí mismo la condición de refugiado, para tales efectos, según los criterios del ACNUR, el solicitante deberá mostrar que alberga temores fundados de ser perseguido a causa de sostener dichas opiniones políticas²²⁸.

²²⁷.En este sentido, SANTOLA MACHETII, Pablo, op. cit., p. 39.

²²⁸.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 80.

La amplitud del término <<opiniones políticas>> lo hace susceptible a diversas posturas ideológicas respecto de su significado real, lo que dificulta su determinación y por tanto hace más difícil el reconocimiento de refugiado por tal motivo, ya que la demanda deberá ir acompañada de cierto relato de hechos, que naturalmente irán matizados por circunstancias muy particulares de cada Estado y personales de cada individuo. Un elemento a considerar en dicha tarea, sería la existencia o no, de medios democráticos que permitan la expresión de opiniones políticas y organización legal sin trabas en el Estado de origen”²²⁹, ya que esos medios son incompatibles con las coacciones violentas de la libertad de expresión que pudieran dar lugar a una persecución de esta naturaleza.

En repetidas ocasiones se han conocido casos de presuntos delincuentes políticos sometidos a enjuiciamientos o castigos por dichos motivos y que demandan el reconocimiento de su condición de refugiado. Como hemos dicho *supra* la Convención de Ginebra excluye explícitamente a los delincuentes comunes de su definición de refugiado, puesto que la finalidad de la misma no es librar al individuo de sus responsabilidades penales o de cualquier naturaleza, fincadas por violentar una ley de carácter general, no obstante, tal enjuiciamiento o castigo, puede ser utilizado por el Estado como medio de persecución hacia aquellos que manifestaren sus opiniones políticas.

El Manual del ACNUR, nos revela que para considerar a un delincuente político como refugiado habrá que tener en cuenta varios factores a saber, tales como: “la personalidad del solicitante, sus opiniones políticas, la motivación del acto, la naturaleza del acto realizado, la naturaleza del enjuiciamiento y sus motivos; y por último, la naturaleza de la ley en que se basa el enjuiciamiento”²³⁰. Con estos elementos es posible comprender la naturaleza del temor del individuo, es decir, si teme realmente por ser perseguido político y

²²⁹.En este sentido, SANTOLA MACHETII, Pablo, op. cit., p. 38.

²³⁰.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 85 y 86.

sufrir represalias por dicha condición, o su temor oscila en ser objeto de enjuiciamiento y castigo conforme a la ley general de su país.

Lo anterior sin perjuicio de que el castigo arbitrario o excesivo infringido a un presunto delincuente político, pueda ser considerado en sí mismo una persecución²³¹.

La jurisprudencia de los Estados con el paso de los años ha consolidado algunas modalidades de <opiniones políticas>, como causa de persecución. Conocidos pronunciamientos de los Tribunales de Canadá y Estados Unidos, han reconocido que la “atribución” a un individuo de una determinada opinión política²³² por parte de un Estado, por la que se siente un temor fundado de persecución, es suficiente para que le sea aplicable la Convención de Ginebra, aunque las presuntas creencias no fuesen reales. Así también, la “neutralidad política” en determinadas circunstancias puede constituir un motivo de persecución en el sentido de la definición del Convenio de Ginebra, esta línea jurisprudencial parece estar consolidada en los EE.UU., en donde el Tribunal de Apelación de aquel país, ha reiterado dicho criterio en el caso *Arteaga v. Immigration Naturalization Service*, después de haberlo establecido por vez primera con el caso *Bolanos-Hernández*, en el cual sostiene que una posición de “<neutralidad política> en la negativa a unirse a uno u otro bando en la guerra civil en el Salvador, constituye una <opinión política>”²³³.

Otra muestra de la evolución del término <opiniones políticas> se encuentra en los denominados “*refugiados sur place*”, dicho estatus se considera cuando las circunstancias del solicitante cambian después de permanecer un tiempo en el extranjero, es decir, cuando manifiestan sus

²³¹.Ibídem.

²³².Tribunal Supremo de Canadá, caso *Attorney-General v. Ward*; y Tribunal de Apelaciones de EE.UU. caso *Hernández-Ortiz v. Immigration Naturalization Service*, ejemplos citados por GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op. cit., p127.

²³³.Ibídem.

opiniones fuera de su país de origen y el peso de estas provocan un ánimo de persecución en el gobierno de su país. En estas circunstancias, el Manual del ACNUR nos señala que para determinar dicha condición, habría que tenerse en cuenta particularmente, “si tales acciones han podido llegar al conocimiento de las autoridades del país de origen de la persona, así como la manera en que aquéllas pueden ser consideradas por esas autoridades”²³⁴.

II.4. El procedimiento para la determinación de la condición de refugiado es de naturaleza predominantemente administrativa.

La Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, guardan silencio respecto del procedimiento que ha de seguirse para determinar la condición de refugiado, no obstante dichos procedimientos se consideran esenciales y por lo tanto, “implícitamente requeridos para el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en virtud de la Convención de 1951”²³⁵, es decir, para que los Estados contratantes de los referidos tratados puedan cumplir sus obligaciones, antes necesariamente se deben identificar a las personas que se han de beneficiar de dichas obligaciones sinalagmáticas, o sea, debe determinarse antes quien es un refugiado.

La determinación de la condición de refugiado compete a los Estados, habida cuenta de su propia estructura constitucional y administrativa,²³⁶ lo qué

²³⁴.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 96.

²³⁵.Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo. Publicada en el contexto de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva sobre procedimientos de asilo (DPA), y los artículos 6 y 13 del CEDH, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7843.pdf>, última visita el 11 de marzo de 2011.

²³⁶.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 189.

ha dado como resultado procedimientos nacionales, de naturaleza muy diversa, algunos formalmente especializados en la materia, y en otros casos, la cuestión de la determinación de refugiado se trata dentro del marco del procedimiento general de extranjería, así como en otros países la condición de refugiado se determina a través de “medidas oficiosas o especiales” ²³⁷, como puede ser la expedición de un documento de viaje. Por otra parte, existen países que no cuentan con un procedimiento administrativo con recurso, o bien con pocas posibilidades de alcanzarlo; en contraste con otros que tienen varios niveles en sus procedimientos administrativos o judiciales, que prevén incluso un recurso de casación, como sucede en la República Federal de Alemania²³⁸.

La denegación del acceso al procedimiento por discriminación u otro motivo suele ser muy común, hecho seguido de la expulsión, la devolución, o la detención arbitraria, que ponen en peligro la seguridad física de las personas, su dignidad y su bienestar.

Las situaciones anteriores suponen la violación de derechos que se encuentran comprendidos dentro del articulado de la Convención de Ginebra, es decir de verdaderos derechos subjetivos, de conformidad con el derecho internacional de los Tratados²³⁹. Efectivamente, el artículo 3 de dicho Convenio, prohíbe la discriminación en la aplicación de las disposiciones que del mismo se desprenden; el artículo 31 prohíbe las sanciones penales por causa de la entrada ilegal al territorio de los Estados; las expulsiones quedan prohibidas en virtud del artículo 32, en perjuicio de todo refugiado que se encuentre legalmente en territorio de un Estado; en su artículo 16 se establece el derecho a acceder a los tribunales y; la no devolución se garantiza en su artículo 33, temas que comentaremos más adelante con mayor profundidad.

²³⁷.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 191.

²³⁸.En este sentido, AUNIÓN MUÑOZ, Antonio, op.cit., p. 50.

²³⁹.Véase la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969.

El derecho a no ser devuelto es de vital importancia, puesto que, aunque no se trate de una disposición procesal, a juicio de los Estados que integran el Comité Ejecutivo del ACNUR, “el *non refoulement* se viola, si un refugiado es rechazado antes de que su caso sea examinado en un proceso imparcial”²⁴⁰.

El Comité Ejecutivo del ACNUR, ha declarado reiteradamente la importancia de que se respete un procedimiento administrativo adecuado para los que demandan el refugio o asilo²⁴¹, y a tales efectos es determinante que se respete el derecho y principio de no devolución, así como el derecho de permanecer en el territorio del Estado en que se ha presentado la demanda de asilo,²⁴² hasta que esta se haya resuelto del todo (condiciones básicas para que se respete de fondo dicho principio)²⁴³.

En consideración a las dificultades señaladas y una vez reconocida la improbabilidad de que los Estados adopten procedimientos idénticos, con lo cual se pudiera lograr una armonización que dotara de coherencia a la gestión de solicitudes de asilo, de manera universal, en la Conclusión para Determinación de la condición de refugiado (1977) del Comité Ejecutivo, se recomendó que se adoptasen ciertos criterios en dicha labor, que fueron contemplados en la elaboración del Manual del ACNUR, que si bien, no es de obligado cumplimiento, efectivamente proporciona ciertas herramientas orientativas, basadas en las Conclusiones del Comité Ejecutivo, y se establecen de la siguiente manera:

²⁴⁰. En este sentido, RODRÍGUEZ OCONTRILLO, Pablo, “Apuntes sobre el procedimiento para determinar la condición de refugiado”, publicaciones del ACNUR, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7326.pdf>, última visita el 9.04.2011.

²⁴¹. Compilación temática de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR sobre la protección internacional, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Segunda edición, septiembre de 2005, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4050.pdf>, última visita el 9.03.2011.

²⁴². RODRÍGUEZ OCONTRILLO, Pablo, op. Cit.

²⁴³. Ibídem.

a). Respecto del funcionario competente en primera instancia que reciba las solicitudes de asilo (funcionarios de inmigración o de policía de frontera), deberá estar instruido para tratar por lo menos, los supuestos que pudieran estar contemplados en el ámbito de los *“instrumentos internacionales pertinentes”*; además de qué en todo momento las personas demandantes de asilo, sean puestas en manos de un superior, y se actúe en conformidad con el principio de no devolución;

b). Se debe informar al solicitante del procedimiento que se le sigue, orientándolo sobre el mismo adecuadamente;

c). Deberá existir, de ser posible, únicamente una autoridad central claramente identificada, que se encargue de examinar las solicitudes de concesión de la condición de refugiado, quien decidirá en primera instancia;

d). Se debe proporcionar al solicitante los medios necesarios para presentar su caso a las autoridades competentes, incluido los servicios de un intérprete calificado. Así también, el solicitante debe ser informado que puede ponerse en contacto con un representante del ACNUR;

e). Deberá informarse al solicitante cuando se haya determinado su condición. En caso de ser reconocido como refugiado, debe expedírsele un documento que acredite tal condición.

f). En caso de no ser reconocido como refugiado, deberá otorgarse al solicitante, la oportunidad de apelar la decisión dentro de un plazo razonable, ante la misma autoridad o ante una autoridad diferente, ya sea judicial o administrativa, con arreglo al sistema prevaleciente; a fin de que se considere formalmente la decisión adoptada;

g). Deberá concederse efectos suspensivos sobre la demanda de asilo, a efectos de que el interesado pueda permanecer en el país, siempre que no se haya tomado una decisión al respecto por parte de la autoridad competente y hasta haberse resuelto la determinación de la condición de refugiado del interesado en última instancia²⁴⁴.

Como hemos dicho *supra*, los mencionados criterios no tienen fuerza jurídica vinculante por sí mismos, sin embargo es claro que se encuentran en sintonía con algunos principios generalmente aceptados, tales como la igualdad ante la ley, que trata de garantizar la objetividad y la imparcialidad de los procesos de conformidad con el Artículo 17 del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos; o bien, el caso del *non refoulement*, entre otros. Esto sin perjuicio del poder político que tienen sobre los ordenamientos de los Estados democráticos que se encuentran en sintonía con el respeto pleno de los derechos fundamentales²⁴⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, abriremos un paréntesis para señalar que en algunas regiones como la Unión Europea, se ha realizado un esfuerzo para homogenizar los procedimientos de asilo en todos los Estados parte, y como parte de dicha tarea se encargó al ACNUR elaborar un estudio *in extenso*, denominado “Mejorando los procedimientos de asilo”, presentado en Bruselas en marzo del 2010²⁴⁶. Este estudio consiste en un análisis de la Directiva adoptada en el 2005, sobre procedimiento de asilo en la Unión Europea, la cual tenía como objetivo, disminuir las marcadas diferencias entre los diversos sistemas nacionales para la determinación de la condición de refugiado (tema que abordaremos más adelante.)

²⁴⁴. En ésta conclusión destaca el debate sobre el efecto extraterritorial que pudiera tener la determinación de un Estado, sobre la condición de refugiado de una persona ante los demás Estados partes. En dicho texto es aconsejable el reconocimiento de la condición de refugiado por todos los Estados, siempre que ya se haya otorgado dicho estatus por un Estado parte.

²⁴⁵. En este sentido, MARTÍN ARRIBAS, Juan José, op. cit., p. 93.

²⁴⁶. “Mejorando los Procedimientos de Asilo: Análisis Comparativo y Recomendaciones Legales y Prácticas, ACNUR, ed. en español a cargo del la Representación en España del ACNUR, diciembre de 2010.

Por otro lado, los refugiados y solicitantes de asilo son de competencia e interés del ACNUR (en virtud del párrafo 8 de su Estatuto), que tiene la responsabilidad de supervisar las Convenciones internacionales para la protección de los refugiados y su debida aplicación por parte de los Estados. Esta tarea de supervisión incluye los procedimientos para determinar la condición de refugiado, de conformidad con el artículo 35 de la Convención de Ginebra y el artículo 2 del Protocolo de Nueva York, con lo cual el ACNUR tiene participación en dichos procedimientos de diversos países, pero el nivel de intervención que pueda tener, dependerá del país de que se trate. Lo más común es que el ACNUR intervenga sobre todo en la fase de admisibilidad de las solicitudes de asilo, con voz pero sin voto.

En un “análisis global e integral”²⁴⁷, nos dice el ACNUR que la definición contenida en el artículo 1 de la Convención de Ginebra, puede, y para ser analizada, debe ser desglosada en sus elementos constitutivos, sin embargo, no debe perderse de vista que constituye un solo examen global. Cuando se intentan aplicar los criterios del mencionado artículo 1, en el transcurso de los procedimientos individuales de asilo (como los motivos del temor fundado, o los agentes de la persecución), los responsables de tomar las decisiones deben considerar todas las circunstancias relevantes del caso. Necesitan tener tanto una visión completa de la personalidad del solicitante, como de sus antecedentes y experiencias personales, con lo cual deberá hacerse un análisis y conocimiento actualizado de todas las circunstancias objetivas relevantes del país de origen.

Por otro lado, tomando en cuenta la exhaustiva selectividad de la definición del multicitado artículo 1 de la Convención de Ginebra, la necesidad de una entrevista completa y hecha por personal cualificado, es sumamente

²⁴⁷.Ibídem, puntos 7 y 8.

importante ya que la evaluación para determinar de la condición de refugiado dependerá en gran medida de dicha entrevista.

Desafortunadamente las normas procesales empleadas para la determinación de la condición de refugiado, en los últimos años se han convertido en una importante herramienta de los Estados con mayor afluencia de refugiados, para asfixiar las solicitudes de asilo, sacrificando las principales salvaguardas procesales y estableciendo plazos demasiado breves para los exámenes, lo que da lugar a decisiones erróneas y se aleja del objetivo de un procedimiento de asilo eficaz y eficiente, que efectivamente identifique a los verdaderos refugiados y necesitados de protección internacional, de aquellos solicitantes fraudulentos y abusivos, que colman la institución del asilo y los distintos sistemas de protección en todo el mundo²⁴⁸.

II.4.1. El relato de los hechos, la prueba y el beneficio de la duda en la determinación de la condición de refugiado.

Respecto de las declaraciones que el solicitante de asilo o refugio, hace al funcionario (conocido como examinador), para atribuirse a sí mismo la calidad de refugiado, debe establecerse primeramente la credibilidad de los hechos expuestos a la luz de los acontecimientos ocurridos en el país de procedencia, con lo cual el examinador valorará las pruebas que se ofrezcan y dará el crédito que considere adecuado a los relatos del solicitante.

Muchas veces ayuda que la situación del país de procedencia es amplia y generalmente conocida, lo que puede atribuir veracidad a los hechos expuestos. Sin embargo, es recomendable siempre conocer a profundidad la

²⁴⁸.Vid. La Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo. Publicada en el contexto de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva sobre procedimientos de asilo (DPA), y los artículos 6 y 13 del CEDH, p. 3, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/7843.pdf>, última visita el 14 de marzo de 2011.

situación histórica y actual del país del que proviene el solicitante (estos datos son conocidos como “*información sobre el país de origen*”)²⁴⁹, a fin de valorar la solicitud con suficiente conocimiento de causa.

El establecimiento de la causalidad directa entre los hechos relatados y el solicitante son fundamentales, y permite “*determinar y establecer una relación de causa-efecto o de antecedente conducente*”²⁵⁰.

En acto seguido, habrá de determinarse si el resultado de esa relación *causa- efecto*, constituye un temor fundado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social, lo que de ser así, haría acreedor al solicitante del reconocimiento de su condición de refugiado.

La prueba como instrumento central para la demostración o justificación de la existencia real de los hechos alegados por el solicitante, juega lógicamente un papel fundamental. Ahora bien, el procedimiento para determinar la condición de refugiado, o bien el procedimiento de asilo, por lo general son de naturaleza administrativa, y por tanto son tributarios de los principios básicos de los procedimientos administrativos, así la carga de la prueba por principio general, debía corresponder al interesado, sin embargo, esa regla no es de estricta aplicación en este terreno²⁵¹.

Así pues, en consideración de todas las dificultades con las que puede tropezar un refugiado que sale huyendo de su país de origen o residencia, para recabar elementos probatorios, los Estados por lo general han relajado la

²⁴⁹.En este sentido, GALINDO VÉLEZ, Francisco, op. cit., 58.

²⁵⁰.Ibídem, p. 59.

²⁵¹.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafos, 195, 196 y 197.

exigencia de la carga de la prueba a la <mera existencia de indicios> (condición sugerida a demás por el Manual del ACNUR).

Esta situación es justificada considerando que una persona que huye de la persecución, puede llegar al país de asilo solo con lo indispensable, incluso en la mayoría de las ocasiones no cuentan ni con documentación de identidad, por lo que los casos en que una persona presente pruebas deben ser considerados la “excepción más que la regla”²⁵², según marca el criterio del ACNUR.

Otra consideración a tener en cuenta, consiste en “el beneficio de la duda”. Cuando un solicitante ha hecho un verdadero esfuerzo por probar su versión de los hechos, sin contradecirse en ningún momento en su relato, y una vez agotada la etapa probatoria no se haya podido recabar elementos que sustenten la declaración del solicitante, debe entonces valorarse la veracidad del relato del solicitante y otorgar dicho beneficio de la duda, salvo que existan razones de peso para no hacerlo²⁵³.

El Manual del ACNUR no va más allá, y simplemente nos dice que si “un relato parece verídico”, entonces deberá otorgarse el beneficio de la duda, por tanto, todo dependerá de la apreciación subjetiva del examinador, lo que puede estar sujeto a diversos factores personales, como el estado de ánimo, el interés o desinterés personal, y en términos generales la capacidad de apreciación, que naturalmente será muy particular de cada funcionario o examinador.

Por otra parte, el Manual nos dice que debe otorgarse el beneficio de la duda cuando el solicitante, “después de haber hecho un autentico esfuerzo para acreditar la veracidad de su declaración, todavía falta comprobar <algunas

²⁵².Ibídem.

²⁵³.Ibídem.

de sus afirmaciones>”²⁵⁴, con lo cual entendemos que para que deba otorgarse el mencionado beneficio, deberá comprobarse un alto porcentaje de los puntos que conforman el relato del solicitante, requisito que nos parece casi contradictorio con la afirmación de ese mismo párrafo del Manual (203), que nos dice que, “es casi imposible que un refugiado <pruebe> en todos sus puntos los hechos expuestos y si eso fuese condición indispensable, la mayoría de los refugiados no verían reconocida su condición”.

En suma, como hemos dicho antes, el hecho de que una persona pueda probar su versión de los hechos deberá ser considerado la excepción y no la regla. Lo cual se entiende en la medida de que la mayoría de los solicitantes no cuenta más que con una historia que contar como argumento, lo que eleva muchísimo el grado de importancia que debe tener la entrevista o las entrevistas hechas al solicitante, ya que la mayoría de las veces el resultado de éstas será la única oportunidad del refugiado o demandante de asilo de evitar la persecución.

II.5. Principales garantías que se desprenden de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967.

Básicamente, el Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967, comprenden tres tipos de disposiciones:

Primero, las que contienen la definición básica de quién es y quien no es un refugiado, comprendidas en el artículo 1 del Convenio de Ginebra (comentado ampliamente líneas atrás).

Segundo, las que definen el estatuto jurídico de los refugiados, sus derechos y obligaciones en su país de acogida, comprendidas en los artículos

²⁵⁴ Ibídem, párrafos, 203 y 204.

2 (que establece la obligación de respetar las leyes y reglamentos del país de acogida), al 34 (este último contienen el derecho a la naturalización)²⁵⁵.

Y tercero, las disposiciones sobre la aplicación de los instrumentos desde los puntos de vista administrativo y diplomático. El artículo 35 del Convenio y el artículo II del Protocolo de 1967, contienen las obligaciones de los Estados contratantes de cooperar con las funciones que desempeña el ACNUR (o bien, con cualquier otra Agencia que le sustituyera en sus funciones), respecto de la aplicación y vigilancia de los mencionados instrumentos. Así como también, asuntos tales como, la denuncia del Convenio en el artículo 44; la revisión en el artículo 45; la notificación de asuntos relacionados con el referido marco legal en el artículo 46; y el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, para la solución de controversias respecto de la aplicación o interpretación del Convenio/Protocolo, en el artículo 38²⁵⁶.

Según la doctrina²⁵⁷, posiblemente las garantías más elementales para el refugiado sean: a) la ausencia de sanción en caso de entrada irregular (art. 31); b) las garantías de procedimiento y de fondo en caso de expulsión (art.

²⁵⁵.De esta forma, el artículo 3 prohíbe la discriminación en la aplicación de las disposiciones del Convenio; el artículo 4 comprende el derecho de religión; el artículo 7 versa sobre la exención de reciprocidad para el disfrute de los derechos reconocidos por el derecho del país de refugio; el artículo 13 contiene el derecho a adquirir bienes muebles e inmuebles, mínimamente en igualdad de circunstancias que el resto de los extranjeros residentes legalmente; el artículo 14 contiene el derecho de propiedad intelectual e industrial, en igualdad de circunstancias que los nacionales del país de refugio; el artículo 15 comprende el derecho de asociación en igualdad de circunstancias que el de los extranjeros residentes legalmente en el país de refugio; el artículo 16 consagra el derecho de acceso a los Tribunales; en los artículos 17 al 19, y 24, se comprenden los derechos laborales; el artículo 21 contiene el derecho a la vivienda, el artículo 22 contiene el derecho a la educación, el artículo 23 contiene el derecho a la asistencia pública en igualdad de circunstancias que los nacionales del país de refugio; el artículo 26 se refiere a la libertad de circulación; el artículo 27 y 28 versan sobre los documentos de identidad y documentos de viaje respectivamente; el artículo 31 consagra el derecho de los refugiados a no ser sancionados penalmente por entrar de manera ilegal en el territorio de los Estados; el artículo 32 prohíbe la expulsión de los refugiados y el artículo 33 contiene el principio de no devolución.

²⁵⁶.Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párrafo 12.

²⁵⁷.En este sentido, GOTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op. cit., pp. 142 y ss.

32); y c) la no devolución (art.33). Este trinomio se ha vuelto desde los años 70, en la Región Comunitaria Europea, un verdadero rompecabezas para los Estados que desde entonces vienen cerrando sus puertas a la migración económica irregular, fenómeno que ha propiciado un importante incremento de las denominadas solicitudes de asilo “falsas, abusivas o fraudulentas”, y ha significado para algunos expertos como DIEGO LÓPEZ GARRIDO, “la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y el refugio en esa Región”²⁵⁸.

II.5.1. La prohibición de sanciones por entrada ilegal.

Una parte predominante de la doctrina y la jurisprudencia, parecen estar de acuerdo en que el artículo 31 prohíbe a los Estados parte sancionar las entradas ilegales de los refugiados “que <sin demora> se presenten ante las autoridades”, es decir, recién llegados y sin escalas, desde el país donde su vida, su integridad o su libertad fueran amenazadas por alguna de las razones previstas en el Convenio de Ginebra²⁵⁹.

En este sentido, del análisis realizado, por “la mesa redonda de expertos sobre el artículo 31 de la Convención de Ginebra de 1951”, dentro de la organización de las Consultas Globales sobre Protección Internacional (en adelante CGPI), organizadas por el ACNUR, con ocasión del 50º aniversario de la Convención de Ginebra, “se reconoce generalmente que los refugiados no están obligados a haber llegado directamente, en el sentido literal, de territorios donde su vida o libertad estaban amenazadas”²⁶⁰. Ahí se interpreta, que dicho art. 31 (1), pretendía aplicarse a personas que hubiesen transitado brevemente por algún país considerado de tránsito, así como también a las personas que

²⁵⁸.En este sentido, LÓPEZ GARRIDO Diego, op. cit., pp. 179 y ss.

²⁵⁹.En este sentido GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op. cit., pp. 144 y ss.

²⁶⁰.GOODWIN-GIL, G. “El artículo 31 de la Convención de 1951 relativa al estatuto de los refugiados: la no penalización, la detención y la protección”, en: “Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional, Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional. Editado por *FELLER Erika, VOLKER Türk y NICHOLSON Frances*, *Icaria & Editorial ACNUR* 2010, p. 206-228.

no encontraron protección efectiva en el primer país, o primeros países de acogida.

Se recuerda también, que la Convención de Ginebra nació precisamente en circunstancias en que era muy recurrente que un refugiado tuviera la necesidad de huir de un segundo país, donde igualmente su vida o su libertad se vieran amenazadas, en el contexto de un Continente fuertemente golpeado por la Senda Guerra Mundial. Este es el espíritu de la norma generalmente aceptado en las CGPI, en las cuales se considera además que no ha cambiado en absoluto²⁶¹.

Por otro lado, la Convención de Ginebra no establece un plazo para que el solicitante de asilo presente su solicitud, esta se exige solamente a efectos de no imponer sanciones por razón de la entrada irregular, de conformidad con dicho artículo 31²⁶². A juicio de CRISTINA GORTÁZAR, los Estados a través de sus ordenamientos han hecho una interpretación errónea de la Convención, estableciendo <plazos preclusivos>, o perentorios, pasados los cuales, es imposible presentar una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

Dicho artículo 31, también se ha interpretado en perjuicio de los refugiados y posibles refugiados en su segundo párrafo, el cual prohíbe las “*restricciones de circulación*”, y permite solo las necesarias y, únicamente en lo que se resuelve la situación jurídica del individuo. Un ejemplo de dicha interpretación errónea sucede en las prácticas legislativas de la Unión Europea,

²⁶¹.Ibídem. “El Dr. VAN HEUVEN GOEDHART, expresó su preocupación acerca del <<tránsito necesario>> y las dificultades que enfrentaría un refugiado que arribara a un país poco generoso. Recordó que él mismo había huido de los Países Bajos en 1944 debido a la persecución, se había ocultado durante 5 días en Bélgica y luego, porque también corría peligro allí, había sido ayudado por la Resistencia a ir a Francia, de allí a España y finalmente estuvo a salvo en Gibraltar. Sería desafortunado, dijo, si los refugiados en circunstancias similares fueran sancionados por no haber procedido directamente al país final del asilo. p. 213.

²⁶².Ibídem.

en lo referente al retorno de los ciudadanos de países no comunitarios en situación irregular, cuando previo a su expulsión, pueden ser detenidos administrativamente como medida preventiva hasta por 18 meses, colectivos entre los cuales pueden encontrarse verdaderos refugiados (situación denunciada reiteradamente por el ACNUR)²⁶³.

Siguiendo a GOODWIN- GILL, la detención prolongada de un refugiado que viene huyendo de una persecución de su país de origen, o bien de un refugiado que deja otro territorio, requiere justificación de conformidad con el art. 31 (2), y la excepción a esta regla oscila en las medidas provisionales relativas a motivos de seguridad nacional, de conformidad con el art. 9²⁶⁴. “Aún cuando el artículo 31 no sea aplicable, los principios jurídicos generales sugieren ciertas limitaciones inherentes a la duración y las circunstancias de toda detención.”²⁶⁵

En este sentido, en las consideraciones finales del análisis realizado al artículo 31 de la Convención, en las CGPI, se consideró que en atención al sentido del fin, del artículo 31(2), no existe distinción alguna entre detenciones administrativas o judiciales. En todo caso los Estados en su facultad de imponer restricciones a la libertad de circulación de las personas, estas deben estar relacionadas con un “objeto y un propósito reconocidos”²⁶⁶, a demás de una relación de “proporcionalidad razonable entre el fin y los medios”. Para tales efectos, es indispensable el análisis individual de cada sujeto, teniendo en cuenta sus circunstancias personales, la manera en que salió huyendo y las formas en que ha conseguido llegar al país de acogida.

²⁶³.Posición del ACNUR sobre la propuesta de Directiva sobre procedimientos y normas comunes de los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio. ACNUR, diciembre de 2005, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6422.pdf?view=1>, última visita el 1 de abril de 2011.

²⁶⁴.Ibídem, nota 255, p. 217.

²⁶⁵.Ibídem.

²⁶⁶.Ibídem, p. 282.

II.5.2. La prohibición de la expulsión.

El artículo 32 de la Convención de Ginebra, prohíbe explícitamente las expulsiones de los refugiados que se encuentren <legalmente >en el territorio de los Estados parte, y la única salvedad se da por razones de seguridad nacional o del orden público (art. 32.1.). Por otra parte, otorga ciertas garantías procesales al refugiado, como el derecho a ser oído y defenderse dentro de un proceso legal y vigente, con la oportunidad de ofrecer pruebas que lo exculpen; así como el derecho de ser representado jurídicamente ante la autoridad competente y, de ser necesario, formular un recurso de apelación (art. 32.2).

El Comité ejecutivo del ACNUR, ha interpretado dicho artículo en la Conclusión nº 7, sobre Expulsión (del año 1977) en la cual señala que, solo se podrán adoptar medidas de expulsión cuando sea absolutamente necesario, pero recordó a los Estados que, llegado el caso en que tenga que aplicarse una medida de expulsión, en esta se deberán tomar en cuenta todas las circunstancias, incluida la posibilidad de que el refugiado fuese admitido por un tercer Estado (de conformidad con el art. 32.3).

En caso de que no sea posible la expulsión, por razones ajenas a una decisión formal y debidamente tomada, en situaciones donde se acredite la responsabilidad penal de un refugiado se dé a este un trato igual al del delincuente nacional. En este sentido, señala también que toda orden de expulsión debe ir acompañada de custodia solamente en caso de ser necesario y en el menor tiempo posible.

II.5.3. El principio de no devolución.

El artículo 33 del Convenio de Ginebra de 1951, contiene lo que es considerado generalmente, el núcleo duro de las garantías en ese texto

comprendidas, que se configura como “la disposición cardinal” del mencionado Convenio²⁶⁷. Se trata del <*non refoulement*>, o la prohibición de devolución.

En esta misma línea, en 1997 es recordado nuevamente en una Conclusión del Comité Ejecutivo del ACNUR (la N°82), la importancia del respeto al *non refoulement*, que prohíbe la devolución o expulsión de los refugiados en modo alguno, para ponerlos en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligren por alguna de las causas que menciona la definición de refugiado de la comentada Convención ginebrina²⁶⁸. Esta garantía ha sido reforzada y extendida, para acoger a todas las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para creer que estarían en peligro de ser sometidas a tortura, como también señala la Convención de 1984, contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes²⁶⁹.

El Principio del *non refoulement*, está considerado como un principio del derecho internacional consuetudinario, por el cual todos los países, aún los que no son parte del Convenio de Ginebra, están obligados a respetarlo, y de esta forma evitar que las personas puedan ser sometidas a dichas penas y tratos prohibidos, o bien que pierdan la vida, independientemente de que ya se haya reconocido formalmente su condición de refugiado²⁷⁰.

²⁶⁷.Vid. CHETAIL, Vincent, “Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en Droit International”, en: “*La Convention de Genève du 28 de juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*”, Publications de L’institut International des Droits L’homme, Institut René Cassin de Strasbourg, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 4.

²⁶⁸.Véase la Conclusión N°82 en este sentido. En el 2001, en la Conclusión conocida como “el seguimiento de la Conferencia de Ginebra de 1996 sobre los problemas de los refugiados, las personas desplazadas, las cuestiones de migración y el asilo, el Comité Ejecutivo mostraba notable preocupación, debido a que en distintas partes del mundo, se seguía sin respetar el *non refoulement*, y nuevamente no se revela con precisión a que partes del mundo se refiere, ni se facilitan cifras por lo menos aproximadas del número de refugiados perjudicados.

²⁶⁹.Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

²⁷⁰.CHETAIL, Vincent, op. cit., p. 12, “En outre, cette protection contre le refoulement est indépendamment du statut juridique du demandeur d’asile”. Contrairement aux articles 32 ou 28 de la Convention, don’t l’application est conditionnée respectivement par les expressions < se trouvant régulièrement> et <resident régulièrement>, l’article 33 n’exige aucune condition tenant à la légalité de la présence du bénéficiaire sur le territoire des Etats parties à la Convention.

Se trata de un principio muy claro, que incluso la jurisprudencia de los Estados ha interpretado de forma favorable para los refugiados que se encuentran sujetos a un proceso de extradición para ser juzgados por sus países de origen. Es el caso también de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, que ha considerado el *non refoulement* consagrado en el artículo 3 del CEDH, como una norma imprescriptible e inderogable²⁷¹ (tema que abordaremos más adelante), a pesar de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 33, del cual se desprende que:

“Sin embargo no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la seguridad de tal país”.

En este sentido, la jurisprudencia de los Estados, generalmente ha exigido que la gravedad del delito por el cual se persigue al refugiado sea considerado especialmente grave, es decir, que mientras no exista un fuerte y sostenido fundamento que traiga a bajo el amparo del *non refoulement*, el refugiado perseguido no tiene que ser devuelto o entregado a las autoridades requirentes²⁷².

Además de lo anterior, el hecho de que una persona haya sido condenada por un delito de particular gravedad, no necesariamente significa que la persona también reúna el requisito de <amenaza para la comunidad>. Para determinar si éste es el caso, se deben considerar la naturaleza y las circunstancias del delito en particular y otros factores relevantes²⁷³.

²⁷¹. Véase en este sentido el Capítulo IV.2 de este trabajo.

²⁷². GORTÁZAR ROATAECHE, Cristina J., op.cit., pp. 229 y ss.

²⁷³. Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados, ACNUR, Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Ginebra, Suiza, abril del 2008.

Los tratados internacionales de derechos humanos, inclusive aquellos más recientes referentes al terrorismo, tales como la Resolución 1373 de la ONU, y otros instrumentos sobre delitos transnacionales como el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, contienen disposiciones referentes a la obligación de entregar a los presuntos responsables de los delitos considerados como graves.

No obstante los Estados requeridos tienen la obligación de asegurarse de que dichos delitos se encuentran tipificados en la normativa penal correspondiente, así también, tienen la obligación de conseguir las garantías diplomáticas necesarias que den seguridad, de que al acceder a la extradición, el extraditado no será objeto de tortura, penas inhumanas o degradantes, o bien de ejecuciones.

Sin embargo, dichas garantías no siempre son del todo efectivas, ya que por desgracia esta última situación se ha realizado en algunos países, y por citar un ejemplo hablaremos de caso acaecido en Suecia, donde hace algunos años (en 2004) las ONG de ese país mostraron su preocupación ante el Comisario Europeo para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, al denunciar, entre otros casos, uno muy particular de dos ciudadanos de origen egipcio, sobre los que se sospechaba, habían participado en actos terroristas, actos delictivos por los cuales eran perseguidos en su país de origen.

Efectivamente, de la mencionada Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de la ONU, según la cual, los Estados no ofrecen protección para terroristas, por considerar que dichos actos, además de la gravedad y del grado de peligrosidad que pueden representar para el país de acogida, también van en contra de los principios fundamentales de las Naciones Unidas.

En consideración a lo anterior, el gobierno sueco decidió expulsar a los ciudadanos egipcios a su país de origen, sin oportunidad de apelación. Más tarde resultado de una investigación del gobierno sueco, que estos ciudadanos fueron sometidos a tortura y tratos crueles e inhumanos, a pesar de las

supuestas garantías diplomáticas dadas por ese país de no incurrir en esas prácticas²⁷⁴.

Debemos decir en consideración a lo anterior, que el *non refoulement* no se contrapone a la institución de extradición, antes al contrario se complementan en un único objetivo de hacer respetar la ley y los derechos fundamentales de la persona.

Por otro lado, en la lucha contra la inmigración irregular, algunos Estados de la Unión Europea han adoptado políticas que socavan el acceso al asilo y utilizan métodos que contravienen claramente el principio de *non refoulement* de formas que seguramente consideran muy ingeniosas. Que consisten en la intersección de naves en altamar donde viajan personas en que en general son considerados inmigrantes económicos y son devueltos antes de alcanzar territorio del Estado, con lo que se pretende no violentar el artículo 33 del Convenio de Ginebra.

Sin embargo, muchas veces las barcas en que navegan estas personas que entre otras razones huyen de la violencia indiscriminada o de la miseria (entre los que no se descarta que haya refugiados), ya han alcanzado lo que se considera el ámbito jurisdiccional marítimo de los Estados. Estas prácticas contravienen una aplicación del Convenio de Ginebra de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*, que exige de los Estados la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos de buena fe²⁷⁵. Esta situación ha sido denunciada por el ACNUR principalmente en Italia, debido a que este país ha llevado a cabo las mencionadas prácticas de intercepción, principalmente con personas de nacionalidad libia desde el año 2009 (que empezaban a las revueltas sociales en Libia y que tendrían como desenlace prácticamente una Guerra civil) y lo que llevábamos del 2011.

²⁷⁴.Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles y Gil-Delgado, Comisario Europeo para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, (en el periodo de 15 de octubre de 1999 a 31 de marzo de 2006), sobre su visita a Suecia los días 21 a 23 de abril del 2004.

²⁷⁵.En este sentido, CHETAIL, Vincent, op. cit., p.9.

Al respecto el ACNUR ha declarado que “el principio de *non refoulement* no comporta ninguna limitación geográfica. Los Estados están obligados a respetar dicho principio donde quiera que ejerzan su jurisdicción, incluyendo el altamar²⁷⁶.

II.6. Definiciones más amplias de la condición de refugiado

Respecto de la definición de refugiado del Estatuto del ACNUR y de la definición del Convenio 1951 y su Protocolo adicional sobre los refugiados, cabe señalar que existen categorías de personas que escapan de esas definiciones, debido a que sus temores de ser perseguidos, atienden a motivos distintos de los que se establecen en dichas definiciones.

Debido a lo anterior, en algunas regiones como la africana y la latinoamericana se han adoptado textos jurídicos con definiciones más amplias, que destacan en ese sentido, por contemplar nuevos motivos que dan lugar a una persecución y que en opinión de algunos, debería contemplar el Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967. Sin embargo, se entiende incluso por el ACNUR, que las comentadas definiciones son de índole particular, en tanto que atienden cuestiones sobre refugiados con base en las circunstancias de cada zona geográfica específica²⁷⁷.

En este sentido, la Convención de la Organización de la Unidad Africana (en adelante la OUA) es aprobada en 1969²⁷⁸, la primera parte de su definición

²⁷⁶.Seguimiento del ACNUR de las repatriaciones de Italia, martes 12 de mayo de 2009, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/seguimiento-del-acnur-a-las-repatriaciones-de-italia/?L=gulnlxwoshxdx>, última visita el 2.04.2011.

²⁷⁷.Glosario de términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados, Oficina del ACNUR, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=1477#Conflictos, última visita el 31 de marzo de 2011.

²⁷⁸.Convención de la OUA por la que se regulan los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África. Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones en Addis Abeba, el 10 de setiembre de 1969.

de refugiado reproduce el artículo 1, párrafo 1 de la Convención de Ginebra de 1951, y en su segundo párrafo dice que:

“El término refugiado se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”.

De esta definición destacan fundamentalmente dos cuestiones:

Primero, aparecen nuevos motivos para buscar protección, tales como, la agresión extranjera, la ocupación o dominación extranjera, y acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del territorio del país de residencia;

Y segundo, “el nexo entre los hechos perturbadores y la condición de refugiado se manifiesta a través de <estar obligado>”²⁷⁹ a abandonar el país de residencia a causa de esos nuevos motivos de persecución, en contraste con los motivos de persecución del Convenio de Ginebra, y la búsqueda de la condición de refugiado por <fundados temores de ser perseguido>.

Por otro lado, en Latinoamérica la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, aprobada por un coloquio de expertos de las Américas en noviembre de 1984, también contiene una definición más amplia que las del Convenio de 1951 y la del Estatuto del ACNUR. Esta definición se encuentra inspirada principalmente en el precedente de la Convención de la OUA (artículo 1, párrafo 2), y en la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos²⁸⁰. En tales consideraciones, y con

²⁷⁹.En este sentido GALINDO VÉLEZ, Francisco, op. cit., p. 56.

²⁸⁰.Declaración de Cartagena sobre Refugiados Adoptado por “el Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y

los elementos que aporta el Convenio de Ginebra y su Protocolo adicional, se considera refugiado a las personas que:

“...han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.”

La diferencia que salta a simple vista, entre la definición de Cartagena y la africana, oscila en el alcance territorial de las razones que dan lugar a buscar asilo en el extranjero²⁸¹, es decir, la definición africana solo requiere que existan perturbaciones en <una parte o la totalidad de su país de origen> como requisito para poder salir a buscar asilo; situación especialmente significativa en la actualidad, debido a que los Estados industrializados han endurecido sus criterios para reconocer la condición de refugiado.

Así, en tal reconocimiento, antes deberá descartarse que un solicitante no pueda encontrar protección en ninguna parte del territorio de su país de origen, en observancia de la denominada “alternativa de huida interna” o “reubicación”, en el contexto del artículo 1, A (2), de la Convención de Ginebra, del cual han surgido muy diversos criterios de interpretación puesto que el artículo en mención no es explícito al respecto. De esta forma, la cuestión de que si un solicitante puede acogerse a la protección de su país en una parte del territorio considerada segura, es frecuentemente estudiada en el procedimiento de determinación de la condición de refugiado, cuando se hace un análisis global de los criterios establecidos por dicho artículo, a la luz de los acontecimientos relatados por el solicitante²⁸².

Humanitarios”, celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, preámbulo.

²⁸¹.En este sentido GALINDO VÉLEZ, Francisco, op. cit., p. 56.

²⁸².Directrices sobre Protección Internacional: “la alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de Ginebra de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, ACNUR, 23 de julio de 2003.

Sin embargo, la diferencia de fondo más clara, es que la definición de Cartagena se trata de una Declaración sin fuerza jurídica vinculante, al contrario de la definición del Convenio de la OUA, que de conformidad con el Derecho Internacional de los Tratados, sí vincula. Pese a esta situación, la Declaración de Cartagena, es ampliamente respetada por los Estados de la Región latinoamericana, y sus disposiciones son parte del derecho interno de dichos países, que en ocasiones inclusive, han adoptado definiciones aún más amplias y modernas, tal es al caso de la reciente Ley Mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria de 27 de enero de 2011, que como hemos dicho antes, incluye el <género> como motivo de persecución²⁸³, entre otras propuestas realmente interesantes que de momento no podremos abordar en profundidad. Nos resta decir sobre estas dos definiciones, que su notable amplitud respecto de la Convención de Ginebra de 1951, las han llevado a convertirse en los instrumentos de primera mano del ACNUR, y su utilidad y realismo han contribuido significativamente en sus respectivas regiones, al verdadero propósito del espíritu de esos textos legales, inclusive el propio espíritu de la Convención de Ginebra, que bien pudiera decirse que ha encontrado un ligero consuelo en las tareas realizadas en aquellas Regiones²⁸⁴.

²⁸³.Vid. “El Presidente de México promulga nueva Ley de refugio”, noticias ACNUR, ver nota en: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/el-presidente-de-mexico-promulga-ley-sobre-refugiados-y-proteccion-complementaria/ultima> visita el 31.03.2011.

²⁸⁴.En este sentido véase, la Octava Conferencia Mundial de la IJDR, Cope Town, Sudáfrica, 28 de enero de 2009. Declaración de Erika Feller, Alta Comisionada Asistente en materia de Protección, ACNUR.

CAPÍTULO III.

III. la situación las migraciones internacionales mixtas, un desafío constante para el derecho internacional de los refugiados y el derecho de asilo.

Nos interesa en este apartado recordar brevemente los acontecimientos históricos más significativos sobre migraciones internacionales en el siglo XX, siglo que se ha considerado como el siglo de las migraciones en dicho escenario. Además intentaremos, por una parte, definir las tendencias y los alcances de dicho fenómeno en lo que llevamos del siglo XXI, y por otra, intentaremos identificar los vínculos entre la inmigración y asilo en los fenómenos de actualidad.

Dicho lo anterior, se puede decir que el motivo principal de los grandes movimientos migratorios a inicio del siglo pasado fueron las guerras en Europa. Tal como antes vimos, estos acontecimientos bélicos obligaron a la comunidad internacional a reaccionar con medidas especiales para afrontar el problema de los masivos desplazamientos humanos, así como en políticas de inmigración asilo y refugio, fenómenos estrechamente relacionados.

En este sentido, en 1951 además de consolidarse el marco legal internacional para los refugiados, empieza a dibujarse entre tanto, el derecho migratorio internacional, una rama del derecho público destinada a regular las relaciones de los Estados en materia migratoria, es decir, sus responsabilidades y compromisos respecto el ingreso y salida, transito o permanencia de los inmigrantes en sus territorios²⁸⁵.

²⁸⁵.Vid. En este sentido, *International Organization for Migration*, disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/migration-management-foundations/about-migration-international-migration-law/lang/es/cache/offonce/> , última visita el 15.04.2011.

En este sentido, de manera muy significativa nace también en 1951, la Organización Internacional para la Migración (en adelante la OIM, o, por sus siglas en inglés IOM), antes conocida como el Comité Intergubernamental para las migraciones Europeas, organización intergubernamental cuyo fin, es facilitar las condiciones de asentamiento e integración de los inmigrantes en los países de acogida. Dicha organización, entiende desde entonces, que dentro de los flujos migratorios suele haber refugiados, bien en sentido estricto (de conformidad con la definición de la Convención de Ginebra), o bien “*refugiados de facto*”, los cuales, según la OIM, son “personas no reconocidas como refugiados según la definición en de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 y el Protocolo de 1967, y quienes no pueden o no desean, por razones válidas, regresar al país de su nacionalidad, o al país de su residencia habitual cuando no tienen nacionalidad”²⁸⁶.

La OIM, colabora con otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, así como con Agencias especializadas, tales como el ACNUR²⁸⁷, en el continuo desarrollo de un marco legal supranacional en materia de inmigración, con el que se regule las lagunas en derechos humanos que el tradicional derecho de los estados nacionales se ha visto incapaz de regular, y que, tal como sucede con el derecho internacional de los refugiados, encuentra su mayor obstáculo en la reticencia de los Estados a adquirir obligaciones para con los extranjeros inmigrantes, especialmente con los económicos.

Muestra de ello es, que dentro del ámbito jurídico internacional, la Convención de 1990 sobre “*la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y sus familias*”²⁸⁸, texto único en esta naturaleza, no

²⁸⁶.Ver también: <desplazados externos>; <desplazados internos>; y <refugiado>. En el Glosario de la Migración de la OIM, disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/lang/es/pid/1>, última visita el 4.05.2011.

²⁸⁷.*International Organization for Migration*, <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-iom/lang/es>, última visita el 15.04.2011.

haya sido firmado y ratificado por los Estados desarrollados industrialmente y potencialmente receptores de trabajadores inmigrantes, incluidos los Estados parte de la Unión Europea, por lo que su contenido aún no ha cobrado vigencia²⁸⁹.

Otros textos de naturaleza internacional aportan cierta protección indirecta a los trabajadores inmigrantes, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o bien el Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966²⁹⁰. No obstante, la piedra angular de esta rama del derecho, lo constituye el principio del *non refoulement*, consagrado en el artículo 33 del propio Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967, así como la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes de 10 de diciembre de 1984²⁹¹, instrumentos que contienen obligaciones explícitas para los Estados firmantes, que limitan las expulsiones o devoluciones de los inmigrantes en condiciones irregulares.

Ahora bien, se pudiera decir que las migraciones internacionales son multifacéticas y lo decimos en el siguiente sentido. En los años 60 empezaba a notarse un importante incremento de movimientos masivos de personas que abandonaban sus países de origen en busca de mejores condiciones de vida, con base principalmente en razones económicas. Desde entonces, como es natural, estos colectivos se han dirigido a las regiones del mundo más desarrolladas económicamente y especialmente a países líderes en

²⁸⁸.Convención Internacional sobre la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, Aprobado por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, en: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Textos básicos, Tomo I, op. cit., p. 205.

²⁸⁹.Vid. MARIÑO MENÉNDEZ, M. Fernando, "La convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados", en, "Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas del siglo XXI", coord. BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, Ed. Bosch, España 2008, p. 725.

²⁹⁰.Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Textos básicos, Tomo I, op. cit., p. 77.

²⁹¹.Instrumento de Ratificación de México de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes de 10 de diciembre de 1984.

industrialización, como en las regiones de Norte América, el centro y norte de Europa, hacia Australia, Nueva Zelanda y Japón²⁹².

Por otro lado, en los años 70 se hizo eco la existencia de una “crisis del modelo estatutario”²⁹³ del refugiado, debido a la aparición sistemática de nuevas “figuras atípicas de refugiados, no reconocidas por el Convenio de Ginebra de 1951, situación que se había convertido en el principal problema de los países de acogida.

Estas grandes masas migratorias, empezaban a conocerse como “flujos migratorios mixtos”²⁹⁴, es decir, incluían a refugiados en el sentido del Convenio de Ginebra, y personas que escapaban del mismo, pero sí eran de interés del ACNUR, como los *refugiados de facto* en sentido amplio, entre los que se encuentran los refugiados del hambre o de la pobreza, identificados por la mayoría de los Estados como simples inmigrantes ilegales.

La reacción de los Estados no se hizo esperar, y empezaron a adoptarse políticas y medidas restrictivas para frenar la inmigración irregular y desalentar la llegada a sus territorios de extranjeros que luego pedirían asilo²⁹⁵. Con todo y eso, en los 80, las llegadas espontaneas de flujos migratorios mixtos hacia Europa occidental desbordaron las capacidades de los países de esa región, el número de solicitantes de asilo pasó de menos de 70.000 en 1983 a más de 200.000 en 1989. Este fenómeno se relacionó directamente con los conflictos internos y violaciones generalizadas de derechos humanos en África, Asia, América Latina y el Cercano Oriente, además del cambio drástico de políticas

²⁹².Vid. “La situación de los refugiados en el mundo, cincuenta años de acción humanitaria”, ACNUR, ICARIA Editorial, Barcelona, 2000, capítulo 7.

²⁹³.Ibídem.

²⁹⁴.Ibídem.

²⁹⁵.Ibídem. capítulo 7.1.

migratorias globales, debido a la crisis económica por las subidas del precio del petróleo desde los años 70.

Debido a lo anterior, la década de los 80 y 90, se distingue por la adopción de medidas especiales por parte de los países europeos para combatir las inmigraciones irregulares, políticas que aparejaron graves consecuencias para los refugiados y demandantes de asilo en esa región.

Debido a lo anterior, fueron apareciendo nuevos conceptos como, los <refugiados en órbita>; personas de las cuales los Estados reúsan examinar su solicitud de asilo y son transferidos de un país a otro, salvo al de origen, o, a donde su vida o su libertad corran peligro en virtud del principio del *non refoulement*. Así también, el de <refugiados en masa>; flujos masivos de personas que huyen de conflictos armados, desastres naturales, violencia generalizada, entre otros fenómenos, que debido al reconocimiento casuístico de la condición de refugiado, practicado por los Estados industrializados en virtud del Convenio de Ginebra, estos últimos se ven desbordados y han tenido que adoptar medidas especiales para su reconocimiento.

Otro concepto también relacionado, es el de <<desplazados internos>>, que por su condición de nacionales no acreditan el estatus de refugiado, sin embargo, sus vidas y su integridad corren el mismo peligro que un refugiado que ha logrado rebasar las fronteras nacionales²⁹⁶, temas de los que nos ocuparemos más adelante.

Los gobiernos europeos se vieron afectados por nuevos conflictos también en los años 90, y respondieron a la afluencia a gran escala de flujos migratorios y de solicitudes de asilo de personas provenientes de zonas de guerra como la antigua Yugoslavia, adoptando “regímenes de protección

²⁹⁶.En este sentido, LOPEZ GARRILO, Diego, op. cit., pp. 121 y ss.

temporales”²⁹⁷. La República Federal de Alemania, que recibió a la gran mayoría de los refugiados provenientes de aquella región, intentó convencer al resto de países europeos de que asumieran el compromiso que implicaba “el principio de la repartición de cargas” para aligerar su responsabilidad de acogida. Debido al poco éxito obtenido, Alemania reformó su Constitución suprimiendo la garantía incondicional que contenía sobre el derecho de asilo, facilitando el desarrollo de políticas restrictivas y de devoluciones a terceros países por donde los refugiados habían transitado antes de llegar a territorio alemán.

Esta situación propicio una reacción en cadena, y en este sentido otros gobiernos introdujeron políticas similares con base en tres Resoluciones aprobadas en Londres, por los ministros de la Comunidad Europea responsables de la inmigración el 30 de noviembre de 1992, en las que se definían las <solicitudes de asilo manifiestamente infundadas>, <los terceros países anfitriones (o seguros)>, y una tercera relativa a los países a los que se podría devolver a refugiados donde en términos generales no <existiera grave riesgo> de persecución²⁹⁸, medidas dirigidas a combatir la inmigración irregular, pero altamente nocivas para los verdaderos refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional, situaciones que se han vuelto cíclicas en la zona de la Unión Europea.

Por su parte en Latino América y el Caribe, entre el año 1988 y 1990, vivió un fenómeno migratorio sin precedentes, donde se registro el mayor número de refugiados de los últimos tiempos en esa región, alcanzando cifras

²⁹⁷. Vid. “La situación de los refugiados en el mundo, cincuenta años de acción humanitaria”, ACNUR, ICARIA Editorial, Barcelona, 2000, capítulo 7.2, p. 177.

²⁹⁸. Vid. Sobre las medidas de la Unión Europea, en cuanto a los criterios de rechazo de las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas, véase: La Resolución de 30 de noviembre de 1992 sobre las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas; la Resolución de 30 de noviembre de 1992 sobre un enfoque armonizado de las cuestiones relativas a los terceros países de acogida; y las Conclusiones de 30 de noviembre de 1992 relativas a los países en que, por regla general, no existen serios riesgos de persecución.

de hasta 1200.000 refugiados en todo su territorio, provenientes principalmente de Chile, el Salvador, Guatemala y Nicaragua²⁹⁹.

En los EE.UU el ideal de alcanzar un estilo de vida como el que supuestamente tienen los ciudadanos estadounidenses, en abundancia económica, con trabajos estables y bien remunerados (el conocido sueño americano), ha hecho un efecto llamada permanente para los inmigrantes económicos durante todo el siglo XX y lo que llevamos del XXI, donde en virtud del desarrollo industrial, durante décadas han sido bien acogidos. Pero además, los años 70, 80 y 90, se vieron marcados por el gran número de inmigrantes provenientes de la Guerra Fría, más de dos millones de personas fueron reasentados en ese país, 1,3 millones eran de origen indochino, en una etapa en que el otorgar asilo a personas provenientes de un régimen comunista suponía un alto valor político para los países del bloque capitalista.

En esta misma línea, los solicitantes de asilo provenientes del régimen cubano fueron bien recibidos en los EE.UU no obstante, en los años 80 esta cordial política estadounidense terminó en crisis, debido a la llegada espontánea de 125.000 ciudadanos cubanos a Florida, en lo que se llamó, <puente marítimo Mariel>³⁰⁰.

Para 1997 el Comité Ejecutivo del ACNUR (en la Conclusión n°82, sobre la Salvaguarda de la Institución del Asilo), mostraba preocupación por el aumento crítico de refugiados en todo el mundo, y al año siguiente, la Conclusión n°85, condenaba las prácticas empleadas por los Estados consistentes en la devolución de refugiados en distintas formas, tales como las

²⁹⁹. Estadísticas de asilo en las Américas, ACNUR 2003, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=3018, última visita el 12.05.2011.

³⁰⁰. "La situación de los refugiados en el mundo, cincuenta años de acción humanitaria", ACNUR, ICARIA Editorial, Barcelona, 2000, capítulo 7.3.

“expulsiones sumarias” o las “expulsiones masivas”³⁰¹, las cuales repercutían terribles consecuencias humanitarias.

Además, cuando las vías de acceso legales fueron cerradas para los inmigrantes trabajadores o económicos en los países industrializados, las mafias de delincuencia organizada se reprodujeron por todo el mundo. Esto se debe a que, tanto los refugiados, como los inmigrantes irregulares recurrieron a esas organizaciones delictivas para salir de sus países de origen y entrar de manera ilegal al país de asilo, o de trabajo según el caso.

Estas circunstancias sucedieron de forma similar en la Unión Europea y en Norte América³⁰², con lo que en ambas regiones se incrementaron considerablemente los delitos de tráfico de personas, la trata de blancas, la falsificación de documentos de identidad, entre otras circunstancias que ponían un grave peligro a aquellos que se convertían en víctimas de dichos delitos, exponiéndose a perder la vida en un desierto, como es el caso de la frontera norte de México para alcanzar suelo estadounidense, o bien, de morir ahogados en pateras por intentar llegar a costas españolas, italianas o de cualquier otro país europeo.

En consideración a lo anterior, pudiéramos decir que cerramos el siglo XX con una realidad donde la mayoría de los derechos económicos y sociales no son reconocidos efectivamente por la comunidad internacional y mucho menos a través de instrumentos normativos de obligado cumplimiento. Por lo que el reconocimiento de un derecho al trabajo digno y bien remunerado para los inmigrantes, se encuentra marginado y condenado a muchos años más de indiferencia por parte de los Estados y demás actores en el mundo industrializado.

³⁰¹.Cfr. Conclusión N°85 XLIX del Comité Ejecutivo del ACNUR, 1998, inciso q.

³⁰².Vid. BUSTAMANTE, Jorge, “Inmigración internacional y derecho humanos”, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F. junio de 2002, pp. 7 y ss.

La estructura y principios socioeconómicos que mueven el mercado mundial, se muestra incompatible con los principios y normas jurídicas protectoras de derechos humanos, que pudieran formar parte del acervo normativo que regula el comercio, la circulación de capitales o las inversiones, pero fundamentalmente del mercado laboral de los inmigrantes.

III.1. Principales retos para el asilo de cara al siglo XXI, en especial: a). la lucha contra el terrorismo; b). la crisis económica; c). el cambio climático.

a). La lucha contra el terrorismo.

La primera década del siglo XXI, por desgracia no ha sido muy esperanzadora. Cuando esta apenas iniciaba, las medidas de seguridad tomadas a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre del 2001 en Nueva York y el 11 de marzo del 2004 en Madrid, dentro de la llamada <guerra contra el terrorismo>, han degradado gravemente las garantías contenidas en las políticas de inmigración y asilo en todo el mundo, y especialmente en los EE.UU. y la Unión Europea³⁰³.

El ACNUR ha denunciado a raíz de estos acontecimientos, graves violaciones a las libertades civiles, producto de estrategias encaminadas a la identificación y captura de los presuntos terroristas, en el sentido de que dichas medidas dificultan gravemente el acceso a la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, o de la demanda de asilo, de forma innecesaria³⁰⁴.

³⁰³.CARRERA HERNÁNDEZ, Francisco, “La Unión Europea diez años después del 11 de septiembre de 2001: una valoración desde la perspectiva de la seguridad interior”, en: Revista TIEMPO DE PAZ, nº 101, verano 2011, pp. 40-46.

³⁰⁴.Vid. “Estrategias y programas del ACNUR para América del Norte y Caribe” en: Informe anual del ACNUR de 2004, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=2002, última visita el 12.05.2011.

En síntesis, la importancia que dan los Estados a las medidas de seguridad pública, sobre las políticas migratorias y de asilo, muchas veces se ve reflejada en violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros, y nacionales³⁰⁵. Dichas medidas que socavan el marco de derecho internacional del cual los Estados partes se encuentran sujetos, consisten muchas veces en detenciones arbitrarias por tiempos muy prolongados e injustificables, interrogatorios abruptos en condiciones de aislamiento, entre otros métodos que de manera inexplicable han adoptado pies supuestamente democráticos, llevando por delante el argumento de la lucha contra el terrorismo.

Entre otras graves consecuencias, esta situación ha propiciado una tendencia creciente de “*islamofobia*” en el mundo occidental, concepto considerado dentro de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia (según los informes más recientes del Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU)³⁰⁶.

El ciclo de lucha contra el terrorismo, iniciado con el simbólico <11 S> del 2001, parece dar un giro impredecible en mayo de 2011 con el asesinato a manos del gobierno de EE.UU. de *Osama Bin Laden*, personaje considerado responsable del conocido atentado terrorista que dejó miles de muertos en Nueva York, y que tuvo lugar en la citada fecha³⁰⁷. En consideración a dichos acontecimientos, nuevamente los niveles de alerta por temor a represalias

³⁰⁵.Vid. TRIANDAFYLLIDOU, Anna, “Nuevos retos para Europa: migración, seguridad y derechos de ciudadanía”, Revista CIDOB d’ *Afers Internacionals*, núm. 69, pp.39 y ss.

³⁰⁶. Véase en este sentido, el “Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, Sr *Gith Muigai*, acerca de las manifestaciones de difamación de las religiones, y en particular de las graves consecuencias de la islamofobia, para el disfrute de todos los derechos de quienes profesan esas religiones”, A/HRC/15/53, Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 12 de julio de 2010, párrafos 41 y 42.

³⁰⁷. En este sentido CAÑAS, Gabriela, “El decenio de las sombras”, 4 de mayo de 2011, el País, elpais.com, disponible en: http://www.elpais.com/articulo/opinion/decenio/sombras/elpepuopi/20110504elpepiopi_10/Tes, última visita el 4.05.2011.

contra EE.UU y la Unión Europea, están en su nivel más alto desde hace 10 años, lo que podría ser causa de nuevas restricciones a las garantías individuales de las personas, principalmente a través del endurecimiento de las políticas de seguridad, que terminan incidiendo en la migración, y especialmente en el acceso al derecho de asilo tal y como ha sucedido en la última década³⁰⁸.

b). La crisis económica.

Por otro lado, el fenómeno migratorio, como se sabe, se encuentra íntimamente ligado a las economías de los países desarrollados. En este sentido, la crisis económica y financiera del nuevo siglo, que apenas se asomaba en los medios de comunicación en el año 2008 (y de la cual aún no hemos podido salir) iba a tener injerencia en los movimientos migratorios mixtos³⁰⁹.

Esta nueva crisis con origen en los EE.UU, parece ser que por razón del fallido <modelo de sistema hipotecario> ha llevado al desplome de las grandes economías de occidente y ha modificado las tendencias migratorias de manera global. Pare ser, que en virtud de este fenómeno se ha registrado a la baja la llegada de inmigrantes económicos en países industrializados en donde el paro laboral ha alcanzado niveles históricos³¹⁰, principalmente en EE.UU y la Unión Europea. De esta forma, el enfado social en dichas zonas ha propiciado en recientes fechas (2009-2011) una serie de reacciones negativas, que se

³⁰⁸.Vid. RUPÉREZ, Javier, "El Consejo de Seguridad de la ONU y la lucha contra el terrorismo: un decenio contundente", en Revista TIEMPO DE PAZ, N° 101, verano 2011, pp. 21-31.

³⁰⁹.Vid. ALARCÓN, Rafael; CRUZ, Rodolfo; entre otros, "La crisis financiera en los Estados Unidos y su impacto en la migración mexicana", en: "Debate sobre los efectos de la crisis económica en el retorno de los migrantes mexicanos", Seminario que se llevó a cabo en El Colegio de la Frontera Norte el 23 de octubre de 2008 en Tijuana, Baja california, México.

³¹⁰.Vid. Organización Internacional para las Migraciones, "Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2010. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio", GRUPO EDITORIAL DE LA OIM, Ginebra Suiza, 2010. Véanse los panoramas regionales en la parte B del citado informe, relativos a las repercusiones de la crisis económica mundial en las tendencias de la migración internacional.

reflejan en medidas como las expulsiones colectivas de inmigrantes económicos; en brotes de sentimientos xenófobos exacerbados por partidos políticos irresponsables; o bien en el endurecimiento de las políticas de asilo³¹¹; entre otras inaceptables reacciones que han tenido que sufrir personas inocentes del fenómeno de la crisis³¹².

c). El cambio climático.

Otro factor a tener en cuenta, pero en otro contexto, es el calentamiento global y el consecuente cambio climático. En este sentido, en el seno de las Naciones Unidas se ha reconocido en este nuevo siglo un nexo causal entre el cambio climático, la degradación medioambiental y la inmigración³¹³; sin embargo, existe un debate en torno al reconocimiento del concepto de <cambio climático> como un factor de movimientos masivos de personas *per se*, o bien como un elemento <potencializador> de otros factores o amenazas, como la pobreza extrema y el hambre³¹⁴.

Este colectivo migratorio, es reconocido por algunos estados, por el ACNUR y organizaciones como la OIM, como “*refugiados climáticos*”, sin

³¹¹. Véase por ejemplo en España, que el Defensor del Pueblo ha dado la razón a CEAR, en cuanto que se ha expulsado ilegalmente a solicitantes de asilo en las fronteras de Ceuta, donde además, la Comandancia de la Guardia Civil en esa ciudad ha obstaculizado la investigación, en una falta total de institucionalidad, Comisión Española de Ayuda al Refugiado, disponible en: <http://www.cear.es/index.php?action=view&id=93&module=newsmodule&src=%40random484fca6911eb7>, última visita el 04 de mayo de 2011.

³¹². En este sentido, CERCAS, Alejandro, Eurodiputado socialista, “Estamos ante un nuevo tipo de esclavitud moderna”, en: Diario el país, lunes 13 de diciembre de 2010, p. 24.

³¹³. Vid. Documento de la ONU E/CN.4/1998/53Add.2, 11 de febrero de 1998. Vid. igualmente, la Organización Internacional para las Migraciones, “Dialogo Internacional sobre la Inmigración 2011”, Taller intermedio relativo a cambio climático, degradación ambiental e inmigración, Ginebra, Suiza, 29 y 30 de marzo de 2011.

³¹⁴. Vid. “Cambio climático y desplazamiento: identificación de vacíos y respuestas”, Mesa redonda de expertos, Centro de Conferencias de Bellagio, 22-26 de febrero de 2011, ACNUR y Fundación Rockefeller, p. 1.

embargo, generalmente son considerados simplemente inmigrantes por la mayoría de los Estados³¹⁵.

En este sentido, algunos países otorgan un permiso de residencia por razones humanitarias de carácter temporal, es decir, mientras persista la emergencia humanitaria ocasionada por un desastre natural. No obstante, se trata de una categoría de personas que escapan de la definición de refugiado del Convenio de Ginebra y que no cuenta con un marco legal supranacional de regulación específica y que vincule a los Estados a responder ante las necesidades humanitarias de las que ningún país del Mundo se encuentra exento de padecer. Entre el año 2000 al 2005, 106 millones de personas se vieron afectadas por las inundaciones y 38 millones por los huracanes. Los resultados de un estudio de la Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios y del Centro de Monitoreo de Desplazados Internos (IDMC, por sus siglas en inglés) revelan que al menos 36 millones de personas se desplazaron por desastres naturales ocurridos de forma inesperada en el 2008.

Además, según advierte el Programa de la ONU para el Medio Ambiente (PNUMA), que si los polos de la tierra se deshelasen a causa del calentamiento global, provocando el aumento del nivel del mar de un metro, afectaría a 145 millones de personas, especialmente en Asia³¹⁶. Dicho estudio estima que si los polos se deshelasen completamente, el nivel del mar subiría unos 12 metros, con lo que se verían afectados aproximadamente 640 millones de personas que habitan en zonas costeras de todo mundo, debido al “undimiento de los Estados insulares”³¹⁷.

³¹⁵.Ibídem.

³¹⁶.Diario el Mundo, “Informe del Programa de la ONU de Medio Ambiente”, disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/06/04/ciencia/1180958697.html>, última visita el 17.05.2011.

³¹⁷.Vid. Cambio climático, inmigración y desplazamiento: ¿Quién resultará afectado?, documento de Trabajo presentado por el grupo informal sobre inmigración, desplazamiento y cambio climático del IASC, 31 de octubre de 2008. Vid también, “Tendencias Globales 2009,

Por su parte, otras organizaciones internacionales como el Comité Internacional de la Cruz Roja, ya estiman el número actual en 211 millones de personas desplazadas por causas relacionadas directa o indirectamente con el deterioro del medio ambiente; *Christian Aid*, estima que en 2050 podría llegarse a los 1.000 millones de personas refugiadas ambientales³¹⁸.

Por último, el informe de la OIM del año 2010, revelaba que en el año 2000 había 150 millones de inmigrantes en el mundo, cifra que en el año 2010 se contabiliza 214 millones. Así, se prevé que en el 2050 pudiera llegar haber 450 millones de inmigrantes por muy diversas razones, como pudieran ser: las crecientes disparidades demográficas, los efectos del cambio climático, la nueva dinámica política y económica del mundo moderno, el estado de la economía mundial, las revoluciones tecnológicas o las redes sociales³¹⁹.

En la actualidad los Estados se han puesto en evidencia reiteradamente sus limitaciones para responder en lo individual ante tremendos retos³²⁰, con cual se ratifica que deben desarrollarse estrategias de carácter intergubernamental que permitan responder adecuadamente ante un fenómeno migratorio evolutivo y dinámico. Se hace por tanto necesario desarrollar políticas migratorias y de asilo, con programas de protección *prima facie*, de reasentamiento, y leyes más justas, adecuadas, eficientes y respetuosas de los derechos humanos; complementadas con políticas estatales que desarrollen prácticas administrativas respetuosas de los acuerdo pactados y de la dignidad humana.

Refugiados, solicitantes de asilo, retornados, desplazados internos y personas apátridas”, División de Administración y Apoyo a Programas, ACNUR 15 de junio de 2010.

³¹⁸.Vid. “La situación de las personas refugiadas en España”, Informe CEAR 2011, p.21.

³¹⁹.Vid. Organización Internacional para las Migraciones, “Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2010. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio”, GRUPO EDITORIAL DE LA OIM, Ginebra Suiza, 2010, prefacio.

³²⁰.Ibídem, p. 21.

No obstante, la comunidad internacional se ha mostrado renuente a contraer nuevos compromisos, que por una parte contribuyan a la adopción de un marco legal internacional para regular este tipo de fenómenos migratorios y, por otra, se adopten medidas dirigidas a reducir el calentamiento global, para poder evitar los previsibles desastres naturales y humanitarios; desafortunadamente así se ha dejado ver de la últimas cumbres sobre el calentamiento global, como la de Copenhague en 2009, o la celebrada en Cancún, México en el año 2010, donde al margen de la buena voluntad expresada por los mandatarios, no se ha logrado llegar a ningún acuerdo de carácter convencional, que pueda contribuir a frenar la predicciones expuestas.

III.2 Panorama internacional de la migraciones mixtas, cifras sobre: refugiados, solicitantes de asilo, desplazados internos y personas apátridas.

Como hemos visto antes, las migraciones humanas resultan cada vez más complejas en virtud de diversos factores, fenómeno con el que comparte escenario el asilo y refugio. El fracaso de la comunidad internacional, en la respuesta que estos desplazamientos masivos de personas por todo el mundo requieren, se refleja en la ausencia de un marco legal internacional especializado y de obligado cumplimiento, que proteja los derechos humanos de los inmigrantes irregulares, y de otros colectivos de personas que necesitan protección internacional; tales como los desplazados internos, personas apátridas, refugiados climáticos, entre otros colectivos. Lo cuales, a nuestro juicio entendemos que merecen protección internacional, por razones tan válidas como las que contiene la definición de la Convención de Ginebra de 1951.

Ahora bien, la mayoría de estos colectivos, que se mueven dentro de los llamados <flujos migratorios mixtos>, son de interés del ACNUR en función de su Mandato, y así se reconoce por los gobiernos de los Estados que normalmente apoyan y facilitan las labores de dicha Agencia. Tal vez este

complejo mundo de los refugiados y de las migraciones humanas, sea más demostrativo en cifras, de las cuales no queremos abusar, pero consideramos indispensable conocer, con el fin de dimensionar el fenómeno del cual versa nuestro estudio.

Atendiendo a las personas que si cuentan con el estatuto de refugiado, u otro estatus reconocido con el que se pueda obtener ayuda o asistencia, podemos señalar que hasta finales del año 2009, según el estudio, “Tendencias Globales 2009, Refugiados, solicitantes de asilo, retornados, desplazados internos y personas apátridas”³²¹, publicado el 15 de junio de 2010 por ACNUR, había 43, 3 millones de personas en situación de desplazamiento forzado en todo el mundo, cifra más alta desde los años 90, de los cuales:

- 15,2 millones de personas eran refugiados, incluidos aquí las personas reconocidas por el Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967; los refugiados en virtud de la Convención de la OUA de 1969, que son aquellas personas reconocidas en virtud del Estatuto del ACNUR; también personas que cuentan con protección complementaria, es decir, que reciben protección por parte de los Estados, con base en sus marcos legales nacionales, o bien, de conformidad con marcos legales de índole regional; las personas que gozan de un estatuto de protección temporal, lo cual se refiere a personas que llegan de situaciones de conflicto o violencia generalizada, sin la necesidad de la determinación formal o individual del estatuto de refugiado (suele aplicarse en situaciones de llegada de afluencia masiva de personas);
- 10,4 millones recibían asistencia del ACNUR en virtud de su mandato;
- 4,8 millones estaban bajo la responsabilidad de la UNRWA, Agencia de Naciones Unidas de asistencia especializada para palestinos en Palestina;

³²¹. Vid. “Tendencias Globales 2009, Refugiados, solicitantes de asilo, retornados, desplazados internos y personas apátridas”, División de Administración y Apoyo a Programas, ACNUR 15 de junio de 2010.

- 983.000 personas que eran solicitantes de asilo, personas cuya situación jurídica se encuentra aún sin resolver (en este caso hasta finales de 2009), y;

- 27,1 millones de desplazados internos, (este estudio se refiere solo a desplazados por conflicto a los que el ACNUR extiende su protección y/o asistencia, e incluye también a personas en situaciones similares a los desplazados internos)³²².

Además, estudios del ACNUR revelan, que también a finales del 2009, había un estimado de 6,6 millones de personas apátridas en 60 países, aunque se estima que el número real puede llegar a ser de 12 millones.

De las anteriores cifras, 5,5 millones de personas eran refugiados de larga duración, y vivían en 21 países diferentes, en 25 formas de asilo prolongado distinto. El ACNUR entiende que una <situación de refugio prolongada>, es aquella donde al menos 25.000 refugiados de la misma nacionalidad han mantenido ese estatus como mínimo durante cinco años en cualquier país de asilo, y su forma legal es variable de conformidad con las leyes nacionales del país receptor³²³.

Se desprende de dicho estudio, que: “los países en vías de desarrollo acogieron cuatro quintas partes de la población de refugiados del mundo. En primer lugar, Pakistán acogió la cifra más alta, 1,7 millones la mayoría procedentes de Afganistán; seguido por la República de Irán con 1,1 millones casi todos de origen afgano; la República Árabe Siria, 1,05 millones según las estimaciones del gobierno local.

³²².Ibídem. p.5.

³²³.Ibídem, p. 7.

Los refugiados afganos e iraquíes representaron prácticamente la mitad de todos los refugiados bajo la responsabilidad de ACNUR; uno de cada cuatro refugiados en el mundo era de Afganistán (2,9 millones). Los afganos estaban en 71 países de asilo distintos. Los iraquíes fueron el segundo mayor grupo, con 1, 8 millones que buscaron refugio principalmente en países vecinos.

Aproximadamente 251.500 refugiados retornaron de forma voluntaria durante el 2009, la cifra más baja desde 1990. Por el contrario, más de 2,2 millones de desplazados internos pudieron regresar, siendo esta la cifra más alta en la última década.

ACNUR sometió a consideración de los Estados más de 128.000 solicitudes de reasentamiento, facilitando finalmente el reasentamiento de aproximadamente 84.000 refugiados. Según las estadísticas de los gobiernos, 15 países admitieron a 112.400 refugiados, reasentados durante 2009, con o sin la asistencia de ACNUR. EE.UU. aceptó al mayor número, con 80.000 reasentados.

Se registraron más de 922.000 solicitudes individuales de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado en 2009, de las cuales ACNUR registró 119.100, es decir el 13%. Sudáfrica con más de 222.000 peticiones, prácticamente un cuarto de las solicitudes a nivel mundial, fue el mayor receptor de solicitudes individuales, seguido de EE.UU. y Francia.

Se presentaron más de 18.700 solicitudes de asilo de menores no acompañados o separados de sus familias en 71 países, la cifra más elevada en 4 años. Las solicitudes procedían principalmente de niños afganos y somalíes.

A partir de los datos disponibles de 8,8 millones de refugiados, ACNUR calcula que más de la mitad de los refugiados del mundo residían en zonas

urbanas y menos de un tercio en campamentos. No obstante, 6 de cada 10 refugiados en África Subsahariana, vivían en campos.

Las mujeres y niñas representaron de media, el 49% de las personas de interés de ACNUR. Suponen el 47% de los refugiados y solicitantes de asilo, y la mitad de los desplazados y retornados. El 41% de los refugiados y solicitantes de asilo eran menores de 18 años”³²⁴.

Finalmente las cifras en el último Informe de ACNUR, publicado el 19 de 2011, no muestra un cambio sustancial en las mencionadas tendencias, salvo en las cifras referentes a las solicitudes de asilo en países industrializados que a continuación veremos.

III.2.1. La recepción de refugiados por los países desarrollados o industrializados.

Los llamados “países industrializados”³²⁵, recibieron solamente una tercera parte de las solicitudes de asilo individuales en 2009. El ACNUR ha tomado una muestra para un estudio y le ha denominado “los 44 países industrializados”, en los cuales se encuentran los 27 estados miembros de la Unión Europea, Albania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Islandia, Liechtenstein, Montenegro, Noruega, Serbia, Suiza, la ex República Yugoslava de Macedonia, Turquía, Australia, Canadá, Japón, Nueva Zelanda, la República de Corea y los EE.UU grupo que recibió aproximadamente 377.200 solicitudes, casi el mismo número que el año 2008, con 377.100 solicitudes, pero muy inferior al año 2001, siendo este último año el más alto de la década en esta categoría estadística con casi 620.000 solicitudes.

³²⁴ Ibídem.

³²⁵ Vid. Niveles y tendencias de asilo en países industrializados 2009. Sinopsis estadística de las solicitudes de asilo presentadas en Europa y en otros países seleccionados. ACNUR, 23 de marzo de 2010.

Los países de Europa recibieron 286.700, un 1% inferior al año 2008. Y los 27 Estados miembros de la Unión Europea, recibieron 246.200, un 3% más que el año 2008, lo cual representa en conjunto el 86% de todas las solicitudes individuales de asilo en toda Europa.

En el año 2011, el Informe “Niveles y tendencias del Asilo en los países Industrializados, que ha publicado el ACNUR el 19 de octubre de este año, revela que entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2011 fueron presentadas 198.300 solicitudes de asilo, lo que supone un aumento considerable frente a las 169.300 del mismo período de 2010.

Si se tiene en cuenta que normalmente el número de las solicitudes de asilo tiende a aumentar en el segundo semestre del año, el ACNUR estima que el total de las solicitudes presentadas en países industrializados en 2011 podría alcanzar la cifra de 420.000, el nivel más alto en los últimos ocho años.

Esto es atribuible a las graves crisis de desplazamientos forzados en el oeste, norte y este del Continente Africano, y en este sentido el Informe demuestra un registro considerable de las solicitudes de asilo de personas con procedencia principalmente de Túnez (4.600), Costa de Marfil (3.300) y Libia (2.000). No obstante, el impacto de los hechos acontecidos en Oriente Medio, es mucho menor de lo esperado en los países industrializados.

De esta manera, si se tiene en consideración los datos globales de los 44 países de esta naturaleza objeto del Estudio, respecto de Informes anteriormente comentados, los países de origen de solicitantes de asilo no han modificado sustancialmente sus cifras, de tal manera que, de mayor a menor los siguientes países encabezan la lista: Afganistán con 15.300 solicitudes; China con 11.700 solicitudes; Serbia (y Kosovo: Resolución del Consejo de Seguridad 1244) con 10.300 solicitudes; Irak con 10.100 solicitudes; e Irán con 7.600 solicitudes. Sorprendentemente Libia se encuentra a 5.400 solicitudes de

distancia de de Irán, como último de la lista de los países de origen con más representación³²⁶.

Así, nuevamente los países en vías de desarrollo acogieron a cuatro quintas partes de los refugiados en todo el mundo³²⁷.

Finalmente, es necesario señalar que estas cifras son consideradas solamente de las solicitudes de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado en primera instancia, quedando al margen las solicitudes de apelación o revisión. Debe tomarse en cuenta que las estadísticas varían considerablemente año con año, por esta razón debemos considerar estas cifras como un aproximado, aunque se valga decir que se trata de cifras proporcionadas al ACNUR por parte de los gobiernos de los Estados.

Las publicaciones estadísticas del ACNUR varían en ocasiones, pero no de forma significativa. Debemos señalar también, que de los estudios en que nos apoyamos, lógicamente escaparan recientes acontecimientos que modifiquen dichas cifras, sucesos que, sin perjuicio de este relato, mencionaremos más adelante si es preciso y relevante, para los fines de nuestra investigación. De momento, nuestra intención es dibujar a groso modo, los niveles y las tendencias globales del asilo y refugio en la actualidad.

³²⁶. Vid. ACNUR, "Tendencias globales 2010", Ginebra Suiza, 19 de octubre de 2011.

³²⁷. Ibídem.

CAPÍTULO IV.

IV. El Consejo de Europa y su labor de protección respecto del asilo y el refugio

El Consejo de Europa, es una organización internacional específicamente centrada en la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Aplica y desarrolla el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado en Roma en 1950, y en torno al cual se ha constituido un eficaz sistema de protección de los derechos humanos, debido en gran parte al desarrollo y funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), cuya opinión autorizada es tomada en cuenta por otros Tribunales internacionales y de carácter regional, tales como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o bien fuera de Europa, por la Corte Interamericana de Derechos humanos, entre otros³²⁸.

Cabe precisar antes de continuar, que como <sistema de protección de derechos humanos>, pudiera entenderse: “el conjunto de reglas o principios, recogidos en una serie de instrumentos normativos emanados de las organizaciones supranacionales”³²⁹, de un mismo continente o región. Y que contribuyen a un solo objetivo, el cual es la protección de los derechos humanos y de la democracia.

³²⁸. Véase en este sentido el sitio web de “la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sistemas europeos”. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=3>, última visita el 04.06.2011.

³²⁹. Entiéndase por <sistema regional de protección de derechos humanos> en este trabajo, aquel organismo internacional integrado por tres o más países, que comparten el espacio territorial de un mismo continente o región, agrupados y organizados con la finalidad de proteger los derechos humanos, con base en su mandato, su marco legal y en sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos. (La definición es nuestra). Debemos señalar, que según la apreciación de algunos expertos, como JIMENA QUESADA Luis, en su obra, “Sistema Europeo de Derechos Fundamentales”, por <<sistema de protección de derechos humanos>> también puede entenderse, “un conjunto de reglas o principios sobre una materia ordenadamente relacionados entre sí que contribuyen a un objeto determinado”. Por consiguiente, trasladando esta definición al sistema europeo de derechos humanos, para JIMENA QUESADA dicho sistema “vendría constituido por el conjunto de reglas o principios que, recogidos en una serie de instrumentos normativos emanados de las organizaciones supranacionales cuyo cometido básico consiste en la defensa de la democracia y los derechos humanos en el continente europeo, apuntan de manera cooperativa y coordinada a conseguir el respeto de la dignidad de la persona a través del establecimiento de unas condiciones de convivencia pacífica. Op. cit., pp. 23 y ss.

Tal definición, podría englobar en un único sistema de protección, tanto al Consejo de Europa, como a la Unión Europea y a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (la OSCE, antes conocida como CSCE), organizaciones propias del Continente europeo. No obstante, nosotros en este trabajo nos referimos a cada una de estas organizaciones como sistemas individuales, siendo prioritarios de nuestro estudio los dos primeros, en virtud de que llevan a cabo una labor jurídica más acorde con un enfoque del derecho internacional de los derechos humanos, y que nos permitirá analizar el estado del derecho supranacional regional del asilo y refugio desde esa perspectiva; mientras que la OSCE, se centra más en la seguridad y trasciende más en el campo de la Ciencia Política³³⁰.

Desde un prisma global, dichos sistemas se consideran parte integrante de un sistema único universal de los derechos humanos, es decir, el de las Naciones Unidas, con lo que pudiéramos pensar en los sistemas regionales como una especie de subsistemas, llamados a reforzar la protección que se desprende de dicho sistema internacional único.

En palabras de JIMENA QUESADA, estos sistemas se encuentran “unidos por el principio de indivisibilidad e interdependencia de todas las categorías de derechos, ya que todos ellos tienen como núcleo axiológico la dignidad de la persona”³³¹. En idéntico sentido se entiende en la Declaración de clausura de la Conferencia Mundial sobre derechos humanos, hecha en Viena el 25 de junio de 1993³³².

Ahora bien, el papel que juega el Consejo de Europa en nuestra materia de análisis es fundamental en el Continente Europeo. Esta organización de

³³⁰.Vid. *Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)*, disponible en: <http://www.osce.org/>, última visita el 4 de junio de 2011.

³³¹.JIMENA QUESADA, Luís, op. cit., p. 26.

³³².Informe del Director General de UNESCO sobre la “Conferencia Mundial de Derechos Humanos”, Viena 1993. 27 reunión, París 1993, Doc. 27/C/116, disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000954/095414so.pdf>, última visita el 30.05.2011.

países surge en 1949 como una reacción de los Estados tras la Segunda Guerra Mundial, para evitar que ocurriesen en el futuro nuevas atrocidades como las ocasionadas por el nazismo y para erradicar el totalitarismo en Europa a través de una cultura democrática, del respeto a los derechos humanos, e inmersos en el principio de justicia y de respeto al Estado de Derecho, entre otros principios y valores fundaméntelas que desde entonces han caracterizado a dicha organización de países³³³.

En 1948 en el marco del Congreso Europeo celebrado en la Haya, se dejan asentadas las bases fundacionales del Consejo de Europa, que consistían en la elaboración de un Convenio de derechos humanos para garantizar libertades básicas. En dicha Convenio se encuentran aquellos principios y valores que son la razón de ser de la institución del asilo, tales como la libertad de pensamiento, de reunión, de expresión y del ejercicio de una oposición política. Si bien no se menciona en la Convenio el derecho de asilo o el refugio como materia de interés, este tema ya había sido objeto de debate desde la primera reunión de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, celebrada en agosto de 1949³³⁴.

Tales objetivos, se mantienen a través de la adopción de acuerdos en lo económico, en lo social y en lo cultural, pero además en el fomento de una cultura del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (art. 1).³³⁵ De esta forma cada uno de los Estados miembros de la citada organización, reconoce ampliamente en un compromiso <sincero y además activo>³³⁶, el principio del <imperio del derecho>, en virtud del cual, cualquier persona que se halle bajo su ámbito de competencia podrá disfrutar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidos por el

³³³. Estatuto del Consejo de Europa (número 001), HECHO EN LONDRES EL 5 DE MAYO DE 1949, <BOE> núm. 51/1978, de 1 de marzo de 1978.

³³⁴. GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op. cit., p. 209.

³³⁵. Estatuto del Consejo de Europa (número 001), HECHO EN LONDRES EL 5 DE MAYO DE 1949, <BOE> núm. 51/1978, de 1 de marzo de 1978.

³³⁶. Ibídem.

Consejo de Europa, de conformidad con el artículo 3 de su Convenio constitutivo.

El 4 de noviembre de 1950 entró a firmas el acta del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (en adelante CEDH) y fue el 3 de septiembre de 1953 tras su ratificación cuando entró en vigor, acontecimiento de tal envergadura que para algunos simboliza el nacimiento del “Derecho europeo de los derechos humanos”³³⁷.

Por otro lado, se estableció un mecanismo dirigido a garantizar el respeto por parte de los Estados signatarios, de los derechos reconocidos en dicho Convenio. En un primer momento con base en dos órganos específicos a saber: la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante la Comisión); y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

A su vez, dichos órganos se complementaban con otros más generales, como la Asamblea Parlamentaria, constituida en un foro de debate político integrado por delegaciones nacionales de parlamentarios; el Comité de Ministros, como un órgano político decisorio, integrado por los ministros de asuntos exteriores de los Estados miembros (o por sus representantes permanentes ante el Consejo de Europa); y una Secretaría General³³⁸.

Finalmente se acuerda un listado de derechos para el CEDH, que se consideró debía tener como mínimo un Estado democrático según los criterios de la Organización en ese momento. Por tanto, acordaron establecer un común denominador de derechos bastante modesto, puesto que tal y como sucedía en otras esferas internacionales, los Estados se mostraron renuentes para comprometerse más allá de lo compatible con sus ordenamientos jurídicos internos, quedando el texto conformado por un preámbulo y 59 artículos.

³³⁷.Para profundizar en el tema, respecto del funcionamiento integral del Consejo de Europa, véase a, JIMENA QUESADA, Luis, op.cit. Capítulos III, IV, V, y VI.

³³⁸.JIMENA QUESADA, Luis, op.cit., p. 38.

En el CEDH es reiterada la profunda adhesión de los Estados miembros a las “libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y en otra, en una concepción y un respeto común de los derechos humanos por ellos invocados”³³⁹.

En este sentido, el Título I, de Derechos y libertades, se refiere a la parte dogmática, esto es del artículo 2 a 18; el Título II, del artículo 19 al 51, versa sobre el TEDH (parte orgánica).

Por último, un III Título relativo a cuestiones de los ámbitos de competencias, formulación de reservas, denuncias, funciones del Secretario General y los poderes del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El artículo 1 del mencionado texto, consiste en una cláusula introductoria relativa a la regla *pacta sunt Servanda*, que obliga, como bien sabemos, a las partes contratantes a respetar los derechos convenidos, dotando de carácter vinculante al CEDH.

De los derechos contenidos en la parte dogmática, destacan para los intereses de nuestro estudio³⁴⁰: el derecho a la vida (art.2); la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (art.3), el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5); el derecho a la vida privada y familiar se encuentra consagrado en el artículo 8; el derecho a un recurso efectivo lo guarda el artículo 13; la prohibición de la discriminación se encuentra en el artículo 14.

De la misma forma que en la Carta Constitutiva del Consejo de Europa, tampoco existe en el Convenio una mención *expressis verbis* del derecho de

³³⁹. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, revisado de conformidad con los Protocolos nº 11 y 14, y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nº 4, 6, 7, 12 y 13.

³⁴⁰. JIMENA QUESADA, Luis, op.cit., p. 25 y ss.

asilo o refugio, o de cuestiones relacionadas como la extradición, la expulsión de los refugiados, o el derecho de entrada o permanencia de los extranjeros en territorio de los Estados, no obstante el desarrollo jurisprudencial del CEDH que ha hecho el TEDH (en un principio junto con la Antigua Comisión), en la actualidad es verdaderamente significativo en dichas materias y refleja el viejo espíritu humanitario y altruista del Consejo de Europa.

El Consejo de Europa cuenta además, con un importante número de instrumentos legales de obligado cumplimiento para los Estados, pero también han sido de enorme importancia otros, como las Resoluciones del Comité de Ministros o las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria, instrumentos de carácter político que carecen de fuerza jurídica vinculante, pero que han contribuido a lo largo de los años en la salvaguarda de los derechos humanos más elementales que protege la institución del asilo, en lo que se ha demostrado interés y una profunda preocupación por los refugiados, los solicitantes de asilo y otras categorías de personas necesitadas de protección internacional³⁴¹.

Un ejemplo de esto, es que el Comité de Ministros creara en 1977 el Comité *Ad Hoc* sobre aspectos jurídicos del Asilo Territorial, Refugiados y Personas sin Estado³⁴² (a continuación, el CAHAR), cuyo objetivo ha sido conseguir la adopción de un instrumento legal regional en materia de asilo territorial y se ha caracterizado por su aportación en soluciones prácticas a los problemas de los Estados parte del Consejo de Europa en dicha materia.

³⁴¹.En este sentido, TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., pp. 147 y ss.

³⁴².GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op. cit., p. 209

IV.1. La Evolución del Consejo de Europa, hacia una ampliación y mejoramiento del control de los derechos fundamentales relacionados con el asilo y el refugio.

El ámbito de competencia del Consejo de Europa, material y espacial, ha crecido considerablemente desde sus orígenes. De los diez miembros originarios ha pasado a los cuarenta y siete de la actualidad, entre los cuales se encuentran los veintisiete países miembros de la Unión Europea³⁴³. Además, en virtud de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se está negociando en estos momentos la incorporación de la Unión Europea al Consejo de Europa, tema que abordaremos más adelante.

Por otro lado, los derechos y libertades en el CEDH han ido aumento a través de la aprobación de una serie de Protocolos adicionales o de reforma, que surgieron según se fueron reconociendo las necesidades sociales de los tiempos actuales y se dieron las condiciones propicias³⁴⁴.

En este sentido, se han adoptado múltiples instrumentos legales de carácter obligatorio, que si bien no son especializados en asilo o refugio, garantizan derechos y libertades fundamentales estrechamente relacionados con esa institución, lo que amplía el abanico de posibilidades para las personas que buscan protección en cualquiera de los Estados miembros del Consejo de Europa. Son también de nuestro interés, aquellos instrumentos no vinculantes, dado su indiscutible valor interpretativo y su enorme aportación práctica para la solución de los problemas inherentes al asilo y el refugio, razón por la que nos referiremos al menos a los más relevantes en la materia que nos ocupa, entre los que destacan los aspectos que comentaremos en seguida.

³⁴³. Estados miembros del Consejo de Europa, página web del Consejo de Europa, disponible en: <http://www.coe.int/aboutcoe/index.asp?page=47pays1europe&l=fr>, última visita el 30.06.2011.

³⁴⁴. DE CASTRO CID, Benito, "Introducción al estudio de los Derechos Humanos", Editorial Universal, primera ed. Madrid 2003, pp. 235 y ss. Vid. en esta obra una clasificación en grupos de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de J. CASADEVALL, Magistrado del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

VI.1.1. La ampliación del catalogo de derechos en el CEDH y la mejora del mecanismo de protección de los mismos a través de los Protocolos adicionales.

Los Protocolos adicionales o de reforma (estos últimos también conocidos como Protocolos de enmienda), han afectado positivamente tanto la parte dogmática del CEDH como la orgánica. Los Protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13, han aportado nuevos derechos al Convenio y han facilitado la protección de los ya existentes, que si bien ninguno de ellos se refieren explícitamente al derecho de asilo, es innegable la incidencia positiva que algunos tienen en esa materia. En tanto que los otros restantes, como el Protocolo 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11 y 14, van dirigidos a perfeccionar el mecanismo de control de los derechos humanos, lo cual naturalmente es beneficioso para los refugiados y demandantes de asilo, así como también para los inmigrantes y extranjeros en términos generales. Cabe precisar, que se requiere que los Estados hayan aceptado y ratificado dichos Protocolos, dado que aún cuando se les considere “adicionales” o de “reforma” sobre el CEDH, los Estados deben aceptarlo como si de un nuevo Convenio se tratara³⁴⁵.

Con el primer Protocolo adicional el 20 de marzo de 1952, se reconocen derechos como el de propiedad privada o a la instrucción, así como a la celebración periódica de elecciones libres³⁴⁶. El 28 de abril de 1983 es abolida la pena de muerte, con los protocolos adicionales 6 y 13 (con este último en todas sus formas)³⁴⁷. En esta línea el Protocolo adicional 4, de 16 de septiembre de 1963, garantiza y protege derechos como el de no ir a prisión

³⁴⁵.RUILOBA ALVARIÑO, Julia, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: organización y funcionamiento”, en: Anuario de la Escuela de Practicas Jurídicas N° 1, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid 2006.

³⁴⁶.Agencia Estatal <BOE>, instrumento de ratificación de 2 de noviembre de 1990 del Protocolo adicional de 20 de marzo de 1952, al Convenio de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

³⁴⁷.Base de datos legales del ACNUR, instrumentos europeos de protección para los refugiados, Protocolos adicionales del CEDH. Documentos disponibles en: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=730>, última visita el día 25.02.2010.

por deudas, la libertad de circulación, la prohibición de la expulsión de los nacionales y la prohibición de las expulsiones colectivas de los extranjeros.

El Protocolo adicional 12, de 4 de noviembre de 1984, prohíbe la discriminación por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas, nacionalidad, la pertenencia a minorías nacionales, así como por cualquier otro motivo, a cualquier persona por parte de cualquier autoridad pública, incluidos lógicamente los Tribunales, situación benéfica para cualquier extranjero solicitante de asilo³⁴⁸.

En esta línea, el 22 de noviembre del 1984, con el protocolo adicional 7, se agregan derechos dentro de procesos judiciales y administrativos, en casos tales como el de expulsión de extranjeros, el derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal, el derecho a una indemnización en el caso de error judicial, el derecho a no ser castigado o juzgado dos veces por el mismo delito, o el derecho de igualdad entre esposos³⁴⁹.

En lo referente al mecanismo judicial de control de los derechos humanos, la reforma introducida por el Protocolo número 11, modifica sustancialmente el aparato jurisdiccional instaurado originalmente en la Convención de 1950, que se conformaba por cuatro instituciones: la Comisión Europea de los Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, el Comité de Ministros y el Secretario General. Los dos primeros, creados por el Convenio de Roma y los dos últimos, propios del Consejo de Europa.

Dicho mecanismo tenía un carácter <político-jurisdiccional>³⁵⁰, sin embargo para algunos era predominantemente político, situación que se reflejaba en las técnicas de control utilizadas, las cuales eran: los Informes de los Estados; las Reclamaciones Interestatales y las Reclamaciones

³⁴⁸.Ídem.

³⁴⁹.Íbidem.

³⁵⁰.DE CASTRO CID, Benito, op. cit., p. 208.

Individuales. En estos casos había que agotar dos etapas: primero, ante la Comisión, la cual funcionaba como un filtro donde se podía decidir en un acto político (sometiendo a votación), la viabilidad o procedencia y la improcedencia de las quejas o recursos; y segundo, una vez agotada la primera fase, el asunto se trataba por el Tribunal³⁵¹.

Con la entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998 del citado Protocolo 11, se instauró un solo órgano jurisdiccional con carácter permanente, la antigua Comisión desapareció, quedando fusionada al Tribunal y solo con facultades de vigilancia y control en la ejecución de las sentencias³⁵².

Ahora bien, en recientes fechas entro en vigor el Protocolo n°14, situación que introduce importantes cambios. Este Protocolo de enmienda quedó abierto a las firma de los Estados el 13 de mayo de 2004, y se requería para su entrada en vigor de la ratificación de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, meta que después de 6 años se alcanzó con la ratificación de la Federación de Rusia, con lo que el pasado 1 de junio del 2010, pudo entrar en vigor³⁵³.

El cometido de dicho Protocolo 14, es mejorar la eficacia a largo plazo del TEDH, optimizando el filtro y el tratamiento de las demandas y mejorando la ejecución de las sentencias, debido a que tal y como funcionaba, las capacidades de actuación del TEDH se vieron sobrepasadas, con lo que la sobrecarga de trabajo era cada vez más evidente, en virtud principalmente, del crecimiento del Consejo de Europa con la adhesión de nuevos Estados. En

³⁵¹.Ídem. Durante los tres años posteriores a la entrada en vigor del Protocolo n° 11, la carga de trabajo del Tribunal ha aumentado de manera significativa. La cantidad de demandas registradas se elevó de 5 979 en 1998 a 13 858 en 2001, lo que supuso un aumento del 130% aproximadamente. La inquietud sobre la capacidad del Tribunal para examinar el creciente volumen de demandas ha generado la solicitud de recursos suplementarios así como especulaciones sobre la necesidad de una nueva reforma. Cfr. Oficina del ACNUR, disponible en: <http://www.acnur.org/>. Visitada el 25 de febrero de 2010.

³⁵².DE CASTRO CID Benito, op. cit., p. 210.

³⁵³.Parlamento Europeo, Opinión de la Comisión de libertades civiles, Justicia y Asuntos de Interior, para la Comisión de asuntos Constitucionales, ponente: Kinga Gál, (2009/2241 (INI)), 27.04.2010.

1994 el sistema cubría a más de 240 millones de individuos, cifra que aumentaría una década más tarde a más de 800 millones, fenómeno que para algunos llevo al TEDH a ser “víctima de su propio éxito”³⁵⁴.

Esto fue tangible sobre todo en dos situaciones diferentes, por una parte, el número de demandas individuales que eran declaradas inadmisibles era del 90%, de las que no había pronunciamiento de fondo de la cuestión; y por otra parte, la mayoría de las demandas repetían la misma causa estructural, y se daba solución con la misma sentencia general, denominada <sentencia *piloto*>³⁵⁵. En síntesis, este Protocolo no reforma el sistema, sino que modifica su funcionamiento sin alterar su estructura.

Otra reforma importante, con antecedentes asentados en el protocolo número 9, es la referida al reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos frente al TEDH³⁵⁶, instrumento importantísimo para el derecho de asilo, puesto que a través de su jurisprudencia como hemos señalado antes, especialmente sobre el artículo 3 del CEDH, se ha podido ampliar el margen de protección.

En este sentido, los Estados miembros se encuentran sujetos a la supervisión del cumplimiento del CEDH por el TEDH y las ejecuciones de las sentencias son supervisadas por el Comité de Ministros³⁵⁷. Como complemento, el Protocolo n° 2 autoriza al TEDH a dictar opiniones consultivas. El resto de protocolos se refieren a la organización de las instituciones creadas por el Consejo de Europa y al procedimiento ante ellas³⁵⁸.

³⁵⁴.En este sentido, RUILOBA ALVARIÑO, Julia, op. cit.

³⁵⁵.Según estadísticas del 2003, se declararon inadmisibles 17.270 demandas y solo 753 fueron admitidas, es decir, el 96% fueron inadmitidas, sobre el resto el TEDH dictó 703 sentencias de las cuales casi el 60% se referían a supuestos idénticos. En el 2005 se presentaron 45.000 demandas, de las que el Tribunal se pronunció solo de 28.570, con un retraso a fechas de 2006 de 82.600 asuntos. Para profundizar más en el tema véase la op.cit., en la nota 338.

³⁵⁶.JIMENA QUESADA, Luis, op. cit., p. 51.

³⁵⁷.DE CASTRO CID Benito, op. cit., p. 208.

IV.1.2. La actividad de la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, como gesto de la voluntad política de avanzar en la construcción de un marco legal regional sobre asilo y refugio.

La actividad del Consejo de Europa con base en Recomendaciones hacia los Estados miembros ha sido muy activa desde sus inicios. A falta de acuerdo respecto de la adopción de un marco legal regional de asilo y refugio de carácter imperativo, esta vía ha dejado no pocas huellas en el camino hacia la construcción de dicho marco. A estos efectos, algunos lo han sugerido en forma de Protocolo adicional al CEDH, mientras que otros se inclinan por que se adopte un Convenio o Tratado independiente. El caso es, que ni una ni otra propuesta han visto la luz, con lo que se ha desarrollado hábilmente una especie de protección indirecta, a través del extenso mundo normativo con el que cuenta el Consejo de Europa, dentro del cual debemos considerar a dichas Recomendaciones en cuanto que han dado resultados tangibles a lo largo de los años, sin perjuicio de que sean consideradas como “*soft law*”³⁵⁹. En este apartado nos referiremos a las que más han llamado la atención, a saber:

a). La Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 293, de 26 de septiembre de 1961, proponía la inclusión de un artículo específico sobre asilo en el segundo Protocolo adicional al CEDH. Al parecer, el borrador de dicho artículo contenía una definición, la cual rezaba que:

“1. Toda persona tiene derecho a buscar y a disfrutar, en los territorios de las Altas Partes contratantes, de asilo frente a la persecución.

2. Este derecho no debe ser invocado en los casos de procesamiento derivado de la comisión de delitos no- políticos.

3. Nadie que busque o disfrute de asilo de acuerdo con los párrafos 1 y 2 de este artículo deberá, excepto por razones de seguridad nacional o de

³⁵⁸.Base de datos legal del Consejo de Europa, disponible en: <http://www.coe.int/aboutCoe/default.asp>, última visita el 12.05.2011.

³⁵⁹.En este sentido TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 148.

salvaguardia de la población, ser sometido a medidas tales como el rechazo en la frontera, devolución o expulsión, que tenga como resultado obligarle a volver a quedarse en un territorio, si existe un miedo fundado de persecución que ponga en peligro la vida, integridad física o libertad en dicho territorio.

4. Si un Alta Parte contratante rechaza, devuelve o expulsa a una persona que busca o disfruta de asilo de acuerdo con los párrafos 1 y 2 de este artículo, debe otorgar a dicha persona un periodo razonable y las facilidades necesarias para ser admitido en otro país”³⁶⁰

Esta propuesta, como se sabe fracaso. La causa una vez más se debe a la consideración del derecho de asilo, como algo reservado a las potestades soberanas del Estado nacional. Por otro lado, dicho artículo se limita, como bien apunta CRISTINA GORTÁZAR, a referir el derecho de “*buscar y disfrutar del asilo*” en los mismos términos del artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sin mencionar obligación alguna por parte de los Estados a conceder dicho estatus.

Quizá lo más destacado de su contenido sea la prohibición de rechazo en fronteras y la posibilidad de que el solicitante, en caso de no conseguir el asilo, sea devuelto a un Estado distinto del perseguidor. Estas ideas, como podremos observar en otro apartado, han trascendido en el Consejo de Europa y en la Unión Europea. Por lo demás, pudiéramos pensar que dicho artículo ha sido sobrevalorado. Sin embargo, se pudiera decir que dicha Recomendación ha pasado a la historia como la causante del interés del Consejo de Europa en materia de asilo, con lo que se buscaría desde entonces en el ámbito internacional de las Naciones Unidas, un Convenio sobre asilo territorial que hasta la fecha no se ha podido celebrar.

b). La Recomendación 434 de 1 de octubre de 1965, de la Asamblea Parlamentaria, referente a la “*aplicación del derecho de asilo a los refugiados europeos*”. En ella la Asamblea se pronuncio sobre el artículo 3 del CEDH, en

³⁶⁰. Véase de esta forma en, GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op. cit., pp. 212 y ss.

la línea conocida de prohibir a los Estados miembros la devolución de los refugiados a territorios donde su vida o su libertad corran peligro, en sintonía con el artículo 33 de la Convención de Ginebra y con la prohibición de los “tratos inhumanos o degradantes” contenida en el mencionado artículo 3.

c). La Resolución 14 del Comité de Ministros, de 29 de junio de 1967, referente al “*asilo de las personas en peligro de persecución*”. Se trata de un acopio de los principios recomendados por la Asamblea Parlamentaria en textos anteriores. En ella se recuerda a los Estados la importancia de respetar el <<*non refoulement*>>, se insta a los Estados a actuar con un espíritu liberal y humanitario en la concesión del asilo y se recuerda que el principio de la <repartición de la carga> es de vital importancia cuando un Estado no pueda cumplir en lo individual con sus obligaciones en esta materia³⁶¹.

d). La Resolución del Comité de Ministros de 26 de enero de 1970, sobre la “*Adquisición por los refugiados de la nacionalidad de su país de residencia*”³⁶². A través de este texto se retransmite la Recomendación 564 de la Asamblea Consultiva, sobre “*la adquisición por los refugiados de la nacionalidad del país de residencia*”. Se trata de una de las soluciones duraderas al problema de los refugiados, mejor consideradas por ACNUR.

e). La Recomendación sobre “*la situación de los refugiados de facto*”, por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1976. Esta Recomendación nuevamente cobra especial interés en nuestros días, si se toma en cuenta que el número de *refugiados de facto* en territorio europeo es cada vez más importante. En ella se insta a los Estados miembros a aplicar la definición de refugiado del Convenio de Ginebra de 1951 de una “forma liberal”³⁶³.

³⁶¹.Res. (67) 14, 29 junio 1967, disponible en : <https://wcd.coe.int>, última visita el 3.05.2011

³⁶².Ibídem, nota 345.

³⁶³.En este sentido, MUÑOZ AUNIÓN, Antonio, op. cit., p. 62.

Se reconoce que el fenómeno de los *refugiados de facto* es cada vez más serio y que estos colectivos por lo general, al igual que los refugiados en el sentido del Convenio/Protocolo para los refugiados, se ven a menudo en situaciones extremas de desprotección, por lo que habrá de dárseles un trato más favorable que al resto de los extranjeros. Se recomienda también a los Estados miembros, que se aplique el mayor número de artículos del Convenio de 1951 en beneficio de los *refugiados de facto*, y se entiende que un trato homogéneo a estos colectivos, a través de un solo <<marco legal>> en el Consejo de Europa, sería lo más apropiado para salvaguardar sistemáticamente sus derechos humanos³⁶⁴.

En esta línea se adoptaron ese mismo años un par de Recomendaciones más: una, *“sobre la armonización de las practicas en materia de elegibilidad según la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo adicional de 1967”*, misma que por ser el antecedente fundacional del *“Comité de Expertos sobre Aspectos Jurídicos del Asilo Territorial, Refugiados y Personas sin Estado”* (CAHAR), tiene valor añadido; otra, relativa al *“20 informe sobre las actividades del ACNUR”*, con la que se pretendía concienciar a los Estados miembros que iban a participar en próximas fechas en la adopción de un *“Proyecto de Convenio sobre Asilo Territorial, programado para 1977, a efectos de que se mostraran abiertos a aprobar políticas liberales en cuanto a la concesión del derecho de asilo, el principio de no devolución (incluso en fronteras) y otras garantías conexas*³⁶⁵.

f). Con la Recomendación n° 817 (1977), sobre determinados aspectos del Derecho de Asilo, la Asamblea Parlamentaria instó a los Estados a reafirmar los criterios de aplicación liberal predicados en anteriores Recomendaciones. El Comité de Ministros respondió reafirmando dicha Recomendación en la Declaración de Asilo Territorial de 1977, que supone un gran paso en el tratamiento del derecho de asilo por el Consejo de Europa y en

³⁶⁴.Recomendación sobre *“la situación de los refugiados de facto”*, por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1976, disponible en, UNHCR: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3802c.html>, última visita, el 3.05.2011.

³⁶⁵.GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op. cit., p. 216.

la que los países mantienen su acuerdo en que, el derecho de asilo no debe ser considerado un acto inamistoso entre las naciones, sino como un acto humanitario y pacífico.

Entre los años 80 y 90, tanto el Comité de Ministros como la Asamblea Parlamentaria han seguido una línea muy marcada de desarrollo en la materia. Esta etapa se caracteriza especialmente por la implicación del CAHAR en los proyectos sobre asilo y refugio elaborados en el Consejo de Europa. Entre sus primeras tareas destaca el *“Proyecto sobre la transferencia de la responsabilidad respecto de los refugiados dentro del Consejo de Europa”*³⁶⁶, con lo que se pretende regular la documentación que se expide a los refugiados, la responsabilidad de Estados en dicho acto y los efectos legales de los documentos de viaje.

En dicha línea llegaron otras Recomendaciones emitidas por el Comité de Ministros en relación a diversos aspectos del asilo, tales como: la referente a la armonización de los procedimientos nacionales en materia de asilo (Recomendación nº R (81) 16, de 5 de noviembre de 1981); la referente a las personas que reúnen los requisitos como refugiados en el sentido de la definición del Convenio de Ginebra, pero que no son reconocidos como tales (Recomendación nº R (84), de 25 de enero de 1984); sobre la adquisición de la nacionalidad del país de acogida por parte de los refugiados (Recomendación nº R (84) 21, de 14 de noviembre de 1984; la referente a las directrices que deben seguir los Estados miembros en sus aeropuertos, respecto de las solicitudes de asilo que se presenten; o la referente a las directrices que se deben seguir respecto de la noción de tercer Estado seguro³⁶⁷. Y en fechas más recientes, la Recomendación a los Estados miembros, sobre las medidas de detención a los solicitantes de asilo, de abril de 2003³⁶⁸.

³⁶⁶.Ibídem.

³⁶⁷.Cfr. MUÑOZ AUNIÓN, Antonio, op. cit., p. 63.

³⁶⁸.Recomendación nº 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas de detención de solicitantes, 2003.

Por su parte, la Asamblea Parlamentaria en el mismo periodo emitió numerosos textos, de los cuales los más destacados son: la Recomendación n° 1088 (1988), relativa al derecho de asilo territorial; la Recomendación n° 1236 de 12 de abril de 1994, relativa al asilo en general; la Recomendación n°1309 de 1996, sobre el personal que acoge a los solicitantes de asilo en los puestos fronterizos.

En 1997 se adoptaron los siguientes documentos: la Recomendación 1327 de 24 de abril, sobre la protección y refuerzo de los derechos humanos en Europa; la Recomendación 1348 de 7 de noviembre, relativa a la protección temporal de personas obligadas a huir de sus países.

Ya en el año 2000, nos encontramos con la Recomendación de 30 de junio, referente a los derechos de los homosexuales y las parejas homosexuales en el ámbito de la inmigración y el asilo, en la misma línea de Recomendaciones anteriores como la n° 994 de 1981, o bien la n°1237 de 1997, entre otras³⁶⁹.

En el 2010, destaca nuevamente una Recomendación, la n° 1707, referente a *“la detención de solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares en Europa”*³⁷⁰. En ella la Asamblea Parlamentaria advierte que en los últimos años el número de inmigrantes irregulares y solicitantes de asilo han aumentado considerablemente en territorio de los Estados miembros, y que esto en parte, es responsabilidad de los Estados por la gestión de políticas endurecidas respecto a la entrada de inmigrantes irregulares. La Asamblea, muestra además su preocupación por la tendencia de los Estados hacia medidas de detención de los inmigrantes irregulares y solicitantes de asilo, privándoles de su libertad por largos e innecesarios periodos de tiempo³⁷¹.

³⁷⁰.Recomendación, n°1707, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, referente a La detención de solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares en Europa.

³⁷¹.La Asamblea Parlamentaria se refiere a la Directiva sobre Retorno de la Unión Europea, la cual permite las detenciones y prolongar el tiempo de las mismas hasta por 18 meses. En este sentido la Recomendación n°1707, referente a La detención de solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares en Europa.

Los comentados textos han tenido una importante influencia en la adopción de acuerdos y tratados de obligado cumplimiento para los Estados parte. De algunos de ellos nos referiremos a continuación.

IV.2. La adopción de instrumentos jurídicos de obligado cumplimiento que guardan relación con el asilo y refugio.

El Consejo de Europa ha tenido una actividad intergubernamental muy fructífera en la creación de nuevos instrumentos legales de carácter imperativo para el desarrollo de su propio marco legal.

De esta forma vieron la luz muchos Convenios y Acuerdos dirigidos al desarrollo de una acción común entre todos sus miembros sobre diversas materias, que se relacionan estrechamente con la institución del asilo, con lo que de manera indirecta se regulan aspectos puntuales que protegen derechos fundamentales de los refugiados y solicitantes de asilo, así como de los *refugiados de facto*. Este último grupo, es en la actualidad, un enorme y multiforme colectivo que en la mayoría de los Estados miembros son considerados como meros inmigrantes económicos o inmigrantes ilegales, los cuales desafortunadamente protagonizan las penosas escenas de los fracasos en materia de asilo e inmigración en el Continente Europeo. Los instrumentos legales más destacados en la materia son los siguientes:

a). El *Acuerdo Europeo sobre el régimen de circulación de personas entre los países miembros del Consejo de Europa*, hecho en París el 13 de diciembre de 1957³⁷².

Este acuerdo es celebrado con el fin de facilitar los viajes entre los nacionales de los países contratantes. Consistente en permitir de manera más simple, con la portación de un documento de identidad oficial, la entrada y

³⁷².Vid. Instrumento de Ratificación por España, de 27 de abril de 1982, del El Acuerdo Europeo sobre el régimen de circulación de personas entre los países miembros del Consejo de Europa, hecho en París el 13 de diciembre de 1957.

salida del territorio de cualquier Estado miembro y por cualquiera de sus fronteras. Si bien no se trata de un tratado especial sobre asilo³⁷³, si regula un aspecto estrechamente relacionado, como lo es la inmigración económica y a las personas denominadas “ilegales”, que escapan de toda clase de protección o consideración por parte de la Convención/Protocolo para los refugiados, así como de casi todos los sistemas nacionales de protección.

b). En 1957 es celebrado el *Convenio Europeo de Extradición*, en un intento por homogenizar el marco legal de los Estados miembros en esa materia. En dicho Convenio, las Altas partes se comprometen a extraditar, es decir, a entregarse mutuamente a toda persona que sea requerida por las autoridades de un Estado para castigarle o detenerle en razón de la comisión de un delito (art. 2), con la salvedad de que la extradición no deberá concederse cuando dicho delito sea de carácter político o conexo al mismo.

De este modo, tampoco deberá concederse dicha extradición si la Parte requerida tiene <motivos fundados> para creer que la petición de extradición por la comisión de un delito común, ha sido presentada con el fin de castigar o perseguir a la persona en cuestión, por razones de raza, religión, nacionalidad o por sus opiniones políticas (art. 3). Valga apuntar, que de dichas razones se escapa la persecución por <pertenencia a determinado grupo social>, que si se encuentra contemplada en la definición de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951³⁷⁴. Existen algunas circunstancias más de exclusión de extradición en el Convenio, relativas a delitos de otra naturaleza, algunos en particular del ámbito castrense, que en razón de la gravedad de las penas que en dicho ámbito se aplican (y que incluso muchas veces conllevan la pena de muerte), los Estados no deben conceder dicha extradición.

En 1975, es celebrado en Estrasburgo un Protocolo adicional del mencionado Convenio, con el que se modifican particularmente los artículos 3 y

³⁷³.En éste sentido, GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op, cit., p. 211.

³⁷⁴.Vid. *European Convention on Extradition, Paris, 13.XII.1957*.

9, como complemento de lo que se considera “*the protection of humanity and of individuals*”³⁷⁵.

Con dicho acto son añadidos algunos delitos que no podrán catalogarse de carácter político, tales como los considerados por la ONU <crímenes de lesa humanidad>, así como las violaciones previstas en los 4 Convenios de Ginebra de 1949, con el siguiente contenido:

El primero de ellos, “para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña”, en su artículo 50; el segundo, “para mejorar la suerte de los heridos enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar”, en su artículo 51; del tercer Convenio relativo “al trato de los prisioneros de guerra”, en su artículo 130; y del cuarto, relativo a “la protección de personas civiles en tiempos de guerra”, en su artículo 147.

En su conjunto, esas conductas delictivas se considera que van en contra de los valores y principios fundamentales del Consejo de Europa, al igual que de los principios y los valores de las Naciones Unidas, no obstante, la protección que brinda el artículo 3 del CEDH va más allá de los instrumentos de las Naciones Unidas, tal y como veremos más adelante.

c). *El Acuerdo Europeo relativo a la exención de visados para los refugiados*, de 20 de abril de 1959. De conformidad con este acuerdo los Estados se comprometen a facilitar la entrada o salida por sus fronteras a los refugiados así reconocidos por los Estados partes, sin necesidad de la formalidad del visado siempre y cuando: haya reciprocidad entre las Altas partes; que el refugiado cuente con un documento de viaje vigente y válido, de acuerdo con las formalidades que se desprenden del Convenio de Ginebra de 1951 respecto de los documentos de viaje, o bien, de conformidad con el

³⁷⁵.Vid. *Additional Protocol to the European Convention on Extradition Strasbourg*, 15.X.1975.

Acuerdo relativo a la expedición de un documento de viaje a los refugiados, de 15 de octubre de 1946; a demás de que su estancia no exceda los 90 días³⁷⁶.

d). *La Carta Social Europea en 1961, revisada y modificada en Estrasburgo 1996* y que entró en vigor en 1999³⁷⁷. Incorporando más garantías sociales, enfatiza el esfuerzo para combatir la discriminación, la desigualdad de género, el desamparo a las madres solteras y mujeres embarazadas. Regula algunos aspectos de la inmigración y el asilo al ampliar la protección social, jurídica y económica. Reconoce en términos generales derechos en materia laboral en el territorio de los Estados parte y de esta forma garantiza el derecho al trabajo para los inmigrantes, siempre y cuando se encuentren de manara legal. Estas y otras garantías se encuentran consagradas en los artículos 12, párrafo 4, artículo 13, párrafo 4, y del artículo 1 al 17 y del 20 al 31.

En cuanto al refugio, la Carta compromete a los Estados parte a dar un trato no menos favorable que el que reciben sus nacionales a los refugiados en el sentido de la definición del Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, en materia social, laboral y económica. No obstante, excluye de tales privilegios a los inmigrantes en situación irregular y demás personas consideradas “ilegales” por parte de los Estados miembros, entre los cuales se encuentran los refugiados económicos o refugiados climáticos (y en general los refugiados de facto). De esta manera, el Anexo referente al “Ámbito

³⁷⁶.Vid. Acuerdo Europeo sobre la exención de visados para los refugiados (número 031 del Consejo de Europa), Hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959. Instrumento de ratificación por España, <BOE> núm. 174/1982, de 22 de julio de 1982.

³⁷⁷.En 1961 se celebra la Carta Social Europea, un instrumento del Consejo de Europa, en el cual se contemplan principalmente, derechos económicos, sociales y culturales, tales como: el derecho a la vivienda, a la salud, a la educación, al trabajo, a la protección social, al movimiento colectivo e individual de personas y, la no discriminación. En 1996, la Carta Social Europea es revisada y se modifica, entrando en vigencia una nueva versión en 1999, la cual contempla una serie de anexos que extiende el número de derechos a proteger. Con estas modificaciones, se incorporan todos los derechos garantizados en 1961 por la Carta Social Europea y su protocolo de 1988 a un solo instrumento; a demás de incorporar a través de enmiendas, un refuerzo al principio de la no discriminación, una mejora de la igualdad de género en todos los ámbitos cubiertos por el tratado, se prevé una mejor protección de la maternidad y de la protección social de las madres; así como la observancia de la prestación de mejores servicios jurídicos, sociales y económicos. Disponible en: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/escrbooklet/Spanish.pdf>, última visita el 14.05.2011.

de aplicación de la Carta Social (revisada), en lo que se refiere a las personas protegidas”, establece lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren 1 a 17 y 20 a 31, solo comprende a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la parte interesada.

2. Cada Parte responderá a los refugiados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra, de 28 de junio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, y que residan legalmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha Parte se haya obligado a aplicar en virtud de la Convención de 1951 y de cualquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos refugiados.”

Con todo lo dicho, debemos recordar que los artículos de la Carta son susceptibles de interpretación al igual que el CEDH y teóricamente suponen una herramienta de defensa para los inmigrantes irregulares o bien de los refugiados de facto por vía jurisdiccional. Además, si estos colectivos fuesen reconocidos en un momento dado como un “grupo excluido socialmente y vulnerables a la pobreza”, podrían beneficiarse del artículo 30 de dicha Carta, que consagra el “derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social” en términos generales.

f). El *Convenio Europeo sobre Seguridad Social de 14 de diciembre de 1972*. Tiene especial interés dicho Convenio, en cuanto que establece el principio de igualdad de trato para los refugiados, en relación con los nacionales de los Estados parte y los apátridas que se encuentren en el ámbito competencial de la seguridad social de cada Estado signatario³⁷⁸.

³⁷⁸. El Convenio Europeo de Seguridad Social y Convenio Complementario para la aplicación del mismo, se firmaron en París el 14 de diciembre de 1972. El Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo de Seguridad Social se publicó en el <BOE> de fecha 12 de Noviembre de 1986 y entró en vigor el 25 de Abril de 1986. Los países que están adheridos o que han ratificado este Convenio son: Alemania, Bélgica, República Checa, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Italia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Suecia, Suiza, Reino Unido y Turquía. Vid. en este sentido, El Ministerio del Trabajo e Inmigración, Gobierno de España, Seguridad Social, disponible

g). El *Convenio para la reducción del número de casos de apatridia*, de 13 de septiembre de 1973. Los apátridas han sido de interés del Consejo de Europa desde sus orígenes, y en 1976 se confirma dicho interés cuando se crea el CAHAR, que además de los aspectos jurídicos del asilo territorial y el refugio, también es *ad hoc* para “las personas sin Estado”³⁷⁹.

Los apátridas han sido siempre del interés del ACNUR, pero hasta 1994, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de una serie de Resoluciones, extendió formalmente el Mandato del ACNUR para prevenir y reducir la apatridia en todo el mundo, con lo que se considera la situación de desprotección de las personas sin Estado, similar a la del refugiado³⁸⁰.

Regresando al Convenio en mención, este se relaciona con el fenómeno de los refugiados al regular un tema de cercana relación en su artículo 2, del cual se desprende que, “por aplicación del Convenio, el niño nacido de padre que posea la condición de refugiado, no tendrá la nacionalidad de dicho refugiado en determinadas circunstancias”³⁸¹. Se trata de una clara medida de prevención para combatir la apatridia, puesto que en numerosos casos los refugiados se ven imposibilitados de transmitir formalmente su nacionalidad.

h). En 1977 es celebrado el “*Convenio europeo para represión del terrorismo*”³⁸². Este Convenio nace debido a la multiplicación de las amenazas terroristas en el territorio europeo, y debido a que los Estados miembros

en: http://www.segsocial.es/Internet_1/Internacional/Otrasnormasinternac32162/Convenioeurop eodeSe32165/index.htm, última visita, el 11.05.2011.

³⁷⁹.Cfr. *Ad Hoc* Committee of Experts on the legal aspects of territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR), disponible en: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=433481&Site=CM>, última visita el 12 de mayo de 2011.

³⁸⁰.Cfr. “Apátridas” Acciones del ACNUR, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/a-quien-ayuda/apatridas/apatridas-acciones-del-acnur/>, última visita el 12.07. 2011.

³⁸¹.En este sentido, GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J., op.cit., p.214.

³⁸².Vid. Convenio Europeo para la represión del terrorismo (número 090 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977, <BOE> núm. 242/1980, de 8 de octubre de 1980.

consideran la extradición como un medio eficaz para lograr la captura y castigo de los terroristas.

Para tal fin dotan al Convenio de supremacía, incluso sobre Convenios anteriores celebrados en esta materia. A tales efectos, los delitos comprendidos en el mencionado Convenio, no podrán ser considerados delitos políticos, ni conexos a estos, como tampoco inspirados o movidos por análogos fines. De tal modo, que las personas implicadas en actos terroristas, no podrán ser considerados refugiados, ni tampoco merecedores de asilo político por ninguno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

No obstante, el artículo 5 de dicho Convenio exime de la obligación de extradición al Estado requerido si este tiene “serias razones” para pensar que la solicitud de extradición motivada por un delito de terrorismo, conexo a este, o inspirado en este (contenidos en el artículo 1 y 2), en realidad se ha presentado para perseguir a una persona por razón de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas.

Cabe decir, que el terrorismo se encuentra cada vez más ligado a las políticas migratorias y al fenómeno del asilo. Se ha denunciado por órganos del propio Consejo de Europa, como es el caso del Comisario para los derechos humanos³⁸³, que las políticas o medidas empleadas para disminuir el fenómeno del Terrorismo, han degradado seriamente los derechos fundamentales de los inmigrantes y entorpecen la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado de forma innecesaria, tanto en países miembros del Consejo de Europa, como en otros industrialmente desarrollados, (mismos que casualmente son los principales objetivos de los atentados terroristas).

³⁸³.GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Álvaro, “La eficacia de los mecanismos europeos de protección de los derechos humanos en la lucha antiterrorista. En especial la acción del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa”, en: “Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, Crímenes internacionales y Derechos Fundamentales”, coord. CUERDA RIEZU Antonio, JIMENEZ GARCÍA Francisco, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, p. 491 y ss.

Por esta razón, la reciente adopción del *Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo* (hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005), se considera loable en tiempos tan oscuros, debido a su contenido estimado altamente garantista, aunque para algunos, en especial las ONG, no lo es lo suficiente³⁸⁴.

Dicho Convenio señala en su artículo 21 que:

*“Ninguna disposición del presente Convenio se interpretará en el sentido de que implique una obligación de extraditar o de conceder la asistencia judicial, si la Parte requerida tiene serias razones para considerar que la demanda de extradición motivada por un delito de los previstos en los artículos 5 a 7 y 9, (delitos de terrorismo, conexos o inspirados en este) o de asistencia judicial con respecto a tales delitos, ha sido presentada para perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad, origen étnico o de opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corra el riesgo de agravarse por una u otra de dichas razones”*³⁸⁵.

A diferencia del Convenio de 1977, destaca claramente el <origen étnico> dentro de las razones que pudieran ser el verdadero motivo de la solicitud de extradición, lo que significa para los Estados miembros, un supuesto más de los que quedan exentos de la obligación de acceder a dicha solicitud. El Convenio de Varsovia del 2005 va aún más lejos, y en su segundo párrafo, del referido artículo señala que:

“Ninguna disposición del presente Convenio se interpretará en el sentido de que implique una obligación de extraditar si la persona objeto de la demanda de extradición corre el riesgo de quedar expuesta a la tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

³⁸⁴.Ibídem.

³⁸⁵.Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, núm. 196 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Dicho párrafo nos parece más coherente con el espíritu del artículo 3 del CEDH, y como colofón, el artículo exime a los Estados de la obligación de extraditar, si la solicitud traerá como consecuencia la imposición del Estado requirente de la pena de muerte sobre el extraditado, o bien de la privación de la libertad por cadena perpetua sin posibilidad de remisión de la pena³⁸⁶.

i). *El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*³⁸⁷. En 1987, se celebra el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, con la finalidad de que se garantice la observancia del artículo 3 del CEDH y con el propósito de reafirmar su contenido y espíritu. Entra en vigor en 1989 y con él se crea el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT), quien se encarga de vigilar la aplicación del Convenio³⁸⁸.

j). *El Convenio Marco para la Protección de Minorías Nacionales*. Nace como el primer tratado internacional con carácter obligatorio para las partes contratantes, que ofrece protección a las minorías nacionales, se celebró en 1995 y su entrada en vigor fue en 1998. Este Convenio tiene sus bases fundacionales en un Convenio anterior, en la denominada *Carta Europea para Idiomas Regionales o de las Minorías*, celebrada en 1992 para dar protección a las minorías nacionales provenientes del centro y el este de Europa. Este

³⁸⁶.Artículo 21, párrafo 3: “Ninguna disposición del presente Convenio se interpretará en el sentido de que implique una obligación de extraditar si la persona objeto de la demanda de extradición corre el riesgo de que se le imponga la pena de muerte o, cuando la ley de la Parte requerida no permita la pena privativa de libertad a perpetuidad, de que se le imponga la pena privativa de libertad a perpetuidad sin posibilidad de remisión de la pena, a menos que la Parte requerida tenga la obligación de extraditar conforme a los tratados de extradición aplicables, si la Parte requirente proporciona garantías consideradas suficientes por la Parte requerida de que no se impondrá la pena capital o, en el caso de que se imponga, la misma no será ejecutada, o de que la persona afectada no será sometida a una pena privativa de libertad a perpetuidad sin posibilidad de remisión de la pena”.

³⁸⁷.Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (número 126 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987. (<BOE> núm. 159/1989, de 5 de julio de 1989).

³⁸⁸.Después de hacer las recomendaciones a las autoridades de los Estados en cuestión, si estas no respondiesen de manera favorable respecto de las observaciones dirigidas a mejorar las condiciones de las personas privadas de su libertad hechas por el CEPT, por mayoría de dos tercios de sus miembros, podrá acordarse hacer públicas dichas observaciones a través de un Reporte, siempre y cuando, no medie causa que justifique el actuar negativo de las autoridades de los Estados (art.10).

Convenio es controlado por el Comité de Ministros, el cual es a su vez asistido por un grupo de expertos independientes, con el fin de evaluar las medidas de su aplicación en los territorios de los Estados miembros.³⁸⁹

Las disposiciones de dicho Convenio, se entienden en el mismo como parte del ámbito de protección internacional de los Derechos Humanos, en este se recogen una serie de compromisos adquiridos por las partes para hacer respetar los derechos de las minorías nacionales, tales como el de asociación, de reunión pacífica, la libertad de conciencia y el de ejercicio de una religión (art.7); el derecho a no ser discriminado por razones de origen o por hablar el idioma materno (art.8); el derecho a no ser discriminado por la administración pública y de recibir un trato igual al de los nacionales en los tramites que se realicen ante la misma (art.9); el derecho hacer uso de el apellido (art.10); el derecho de aprender una lengua minoritaria (art.14)³⁹⁰; así como también, la obligación de las minorías de respetar a los nacionales, a otras minoría y al estado de derecho del país de acogida³⁹¹.

A nuestro juicio, la incidencia de mayor importancia en el asilo, consiste en prevenir que se generen persecuciones por las razones descritas en los artículos comentados. La prevención de la generación de refugiados, es una medida que no ha merecido la atención necesaria en las prácticas de los Estados.

k). El *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*³⁹². Dicho Convenio es celebrado en Varsovia el 16 de mayo de 2005, con el cual se pretende combatir el tráfico de personas para su explotación en todas sus formas conocidas, como pueden ser, laborales, sexuales, de esclavitud y otras formas conexas. Está pensado principalmente

³⁸⁹.Vid. Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales, número 157 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995.

³⁹⁰.Ídem.

³⁹¹.Ídem.

³⁹².Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia 16.V.2005, serie de tratados del Consejo de Europa N° 197.

para la protección de las mujeres y niños, por ser estos las víctimas más frecuentes en la comisión de este tipo de delito, mismos que por lo general son de nacionalidad extranjera y se encuentran de manera irregular en el territorio de los Estados miembros.

Dicho Convenio es relevante para el asilo, ya que regula aspectos relacionados con la entrada, salida y el tránsito de las personas a través de las distintas fronteras de los Estados. Su contenido preventivo, interpretado de forma errónea pudiera perjudicar a los refugiados que intentan salir de sus países por sus propios medios de forma irregular, o bien a través de la delincuencia organizada que se dedica al transporte de seres humanos.

EL Convenio en su artículo 7 establece ciertas “Medidas en las fronteras”, que van dirigidas a reforzar la seguridad en los pasos fronterizos, para prevenir que se utilicen los medios de transporte comerciales con el fin de cometer delitos de trata de seres humanos, con lo que en su párrafo 3, nos dice:

“Cuando proceda, y sin perjuicio de los convenios internacionales aplicables, estas medidas consistirán básicamente en prever la obligación para los transportistas comerciales, incluidas todas las compañías de transporte o los propietarios o gestores de cualquier medio de transporte, de verificar que todos los pasajeros están en posesión de los documentos de viaje necesarios para la entrada en el Estado de destino.”

Lo preocupante de estas disposiciones, tal como advierte el ACNUR³⁹³, oscila en que la mayoría de los refugiados que necesitan salir de sus países de origen, y que por su condición de perseguidos se ven imposibilitados para salir con un documento expedido formalmente por su Estado, se verán imposibilitados para salir de dicho Estado utilizando transportes públicos legalmente reconocidos, puesto que los transportistas que accedan a llevarlos

³⁹³.ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados”, op.cit., párrafos, 61 y ss.

de forma indocumentada, se expondrán a severas sanciones incluso de carácter penal. Esta razón multiplica las posibilidades de que los refugiados sean víctimas de trata, o de cualquier otro delito de los que se describen en el Convenio que nos ocupa, y contribuye en cierta forma en la continuidad de un círculo vicioso.

Por otra parte, un aspecto positivo del Convenio es la referencia al asilo en lo establecido en su artículo 14, que posibilita la expedición del permiso de residencia para los extranjeros que han sido víctimas de trata, en el párrafo 5, y nos dice que:

“Habida cuenta de las obligaciones de las Partes recogidas en el artículo 40 del presente Convenio, las Partes garantizarán que la expedición de un permiso de residencia con arreglo a la presente disposición no constituya un obstáculo para el derecho de solicitar asilo y de acogerse al mismo.”

En este sentido, el artículo 40, párrafo 4, se establece que las disposiciones de dicho Convenio, “no tendrán incidencia sobre los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y los particulares en virtud del derecho internacional humanitario y del derecho internacional relativo a los derechos humanos”. Especialmente se refiere a los derechos y obligaciones que se desprenden del Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967.

En términos generales, se pudiera decir que el Consejo de Europa ha conseguido un importante marco legal para la protección de los derechos humanos, sin embargo no ha tenido éxito en la adopción de Acuerdos o Convenios especiales sobre el derecho de asilo, con lo que dicha materia se regula solo de forma incidental o puntual.

Como resultado, la protección que el sistema de derechos humanos del Consejo de Europa ofrece en el ámbito del asilo es muy relativa, puesto que su regulación no dará lugar por si sola con base en dicho sistema, sino que dependerá en gran medida del grado de implicación que tengan otros instrumentos legales de carácter imperativo en dicha materia.

Por otro lado, no todos los Acuerdos o Tratados tienen el mismo éxito, puesto que el número de Estados que acepta vincularse jurídicamente a los mismos es muchas veces reducido. Aunado a lo anterior, si se toma en cuenta que la recepción del derecho internacional en el derecho nacional, depende en gran medida del sistema de fuentes del derecho que cada Estado soberanamente establece, la aplicación práctica en territorio de los Estados, puede llegar a tener un grado de heterogeneidad muy elevado.

En conclusión, aún cuando de la forma descrita ciertos aspectos del asilo son regulados, se echa en falta un marco legal especializado, que regule no solo los tradicionales aspectos del asilo territorial y el refugio, sino también, que tome en cuenta las actuales tendencias que el mencionado fenómeno presenta. Se requiere además que dicho marco legal sea de carácter vinculante, con el que se pueda conocer de forma precisa el grado de protección que la región del Consejo de Europa proporciona en dicha materia.

IV.3. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y su control jurisdiccional en relación con el derecho de asilo.

Tal y como hemos adelantado, el CEDH no reconoce un derecho al asilo directamente, y poco o nada se encuentra en el texto sobre derechos de los extranjeros. Es conocido no obstante, que el Consejo de Europa no pretendía desde un principio garantizar un gran número de derechos, sino que su prioridad era más bien garantizar el respeto pleno de unos pocos, a través un sistema eficaz y eficiente³⁹⁴.

En efecto, cabe la posibilidad de que los individuos (en la materia que nos ocupa, solicitantes de asilo y extranjeros), se beneficien del contenido del CEDH interponiendo recurso ante el órgano jurisdiccional del Consejo de Europa, siempre y cuando el Estado responsable de una violación de los

³⁹⁴.En este sentido, JIMENA QUESADA, Luis, op. cit., p.38.

derechos reconocidos en dicho Convenio, haya aceptado además la jurisdicción del TEDH y la personalidad jurídica de los individuos ante al mismo³⁹⁵.

De esta forma el reconocimiento explícito de la competencia del TEDH, implica a su vez no solamente el reconocimiento de los derechos emanados de la letra del Convenio, sino también de aquellos que de forma progresiva reconozcan jurisprudencialmente³⁹⁶. En este sentido, el TEDH ha consolidado una amplia gama jurisprudencial, de la cual los extranjeros inmigrantes, los refugiados y solicitantes de asilo han podido beneficiarse en ciertos aspectos.

Nos resulta materialmente imposible tratar en este sitio la totalidad de las sentencias relacionadas con el derecho de asilo dictadas por el Alto Tribunal, no obstante haremos acopio de los textos que a nuestro juicio son más significativos y que han permitido desarrollar novedosas técnicas garantistas.

IV.3.1. El Artículo 3 del CEDH.

Debemos comenzar por referirnos al artículo 3 del CEDH, que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, en torno del cual se ha consolidado una línea jurisprudencial sólida que reconoce el derecho al *non refoulement*, que tiene su origen en el precedente judicial de la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión), y se continua desarrollando por el renovado TEDH, prohibiendo así las expulsiones o extradiciones de extranjeros por cualquiera de los Estados parte en el CEDH, hacia países donde pudieran ser sometidos a dichos tratos³⁹⁷.

³⁹⁵.TRUJILLO HERRERA, Raúl, op.cti., p. 151.

³⁹⁶.GOIG MARTÍNEZ, Juan M. "El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes", UNED, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 14, 2º semestre, 2004, pp. 239-271.

³⁹⁷.MUÑOZ AUNIÓN, Antonio, op.cit., p.64.

El artículo 3, demuestra como el CEDH es un instrumento jurídico vivo y dinámico, capaz de adaptarse a las distintas realidades que atraviesan las sociedades europeas. A tales efectos, el CEDH ha ido extendiendo su ámbito de aplicación tanto temporal como material, y en cuanto a su ámbito espacial, en algunos casos inclusive se habla de una aplicación extraterritorial del CEDH a través de ciertos artículos, como es el caso del mencionado artículo 3.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación temporal de validez, se ha dicho que el artículo 3, es equiparable a la protección que en el ámbito universal de las Naciones Unidas, proporciona el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, pero tal y como ha puesto de relieve GORTÁZAR ROTAECHE, el primero lleva ventaja sobre el segundo, en cuanto a su aplicación temporal, puesto que el artículo 3 del CEDH no admite excepciones, ni siquiera en tiempos de guerra, o de peligro público que atente contra la nación³⁹⁸.

De este modo se reconoce, en el caso *Ahmed c. Austria* de 17 de diciembre de 1996, en el cual el TEDH afirma que:

*“el artículo 3, consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas, **prohíbe en términos absolutos la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes**. También es así, por tanto, cuando dicha disposición se aplica en materia de expulsión. Y, dado el **carácter absoluto** de la prohibición, el comportamiento de la persona en concreto, aunque sea inaceptable o peligroso, no debe ser tenido en cuenta (...)”³⁹⁹.*

La interpretación del TEDH, respecto del “carácter absoluto” de la prohibición de expulsión no ha sido pacíficamente aceptada por todos los Estados miembros. El Reino Unido ha mantenido una lucha constante durante décadas, intentando matizar la interpretación del TEDH, contraponiendo la <valoración del riesgo de tortura> a <la seguridad nacional>.

³⁹⁸. GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J., op.cit., p.229.

³⁹⁹. TEDH *Ahmed c. Austria*, n°25964/94, de 17 de diciembre de 1996.

El empeño por parte del Reino Unido, en conseguir flexibilizar los criterios de expulsión (asentados en el caso *Ahmed c. Austria* y en el caso *Soering c. Reino Unido*, entre otros), tiene un precedente muy importante en el asunto *Cahal c. Reino Unido*, de 11 de noviembre de 1996, en el cual el TEDH reitera dicho <carácter absoluto> del artículo 3 del CEDH, al prohibir la devolución a la India de *K.S. Cahal*, activista *shikh*, sospechoso de estar implicado en actividades terroristas. En este caso, el TEDH no se fía de las garantías diplomáticas de no dar malos tratos o someter a tortura al demandante, otorgadas por la India (del cual es originario *K.S. Cahal*), con lo que decide que no debe enviarse a ese país, entre otras cosas, por no encontrar diferencia entre el hecho de torturar y el hecho de enviar a personas a sitios donde sean torturados.

Se replantea la cuestión en el asunto *Saadi c. Italia*, de Sentencia del TEDH de 28 de febrero de 2008⁴⁰⁰, en el cual el Reino Unido hace presencia nuevamente como tercero interviniente en el proceso (tal y como lo ha venido haciendo en otros asuntos, a fin de que se haga una reinterpretación del artículo 3 del CEDH), haciendo referencia a que el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951, excluye del derecho de asilo al solicitante que represente un riesgo para la seguridad nacional, o cuando este sea responsable de actos contrarios a las Naciones Unidas.

Con base en este argumento, el Reino Unido e Italia, pretenden que se revise el carácter absoluto del artículo 3, preponderando la seguridad nacional sobre los derechos del solicitante de asilo, en el caso puntual de que este último sea un terrorista (delito que se le imputa al *Sr. Nassim Saadi* originario de Túnez, quien residía en Italia con permiso de residencia legal hasta octubre de 2002). Además, ambos países argumentan que en caso de que el Estado de origen ocasione tortura o malos tratos al deportado, esto ya no sería responsabilidad del Estado que ejecuta la deportación, siempre que este último

⁴⁰⁰.Vid. CONDE PÉREZ, Elena, "TEDH- Sentencia de 28.02.2008, *Saadi c. Italia*, 37201/06- Artículo 3 CEDH- Prohibición de Torturas y Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes- Terrorismo v. Tortura"; en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 32, enero/abril, Madrid 2009, pp. 275-290.

obtenga garantías diplomáticas del primero, de que el demandante no quedará sujeto a dichos tratos prohibidos.

Aunado a lo anterior, el Reino Unido sugiere que las consideraciones de seguridad nacional han de influir necesariamente en el estándar probatorio que se pueda exigir de al demandante sobre su versión de los hechos⁴⁰¹, es decir, que si el Estado demandado presenta pruebas contundentes de que su seguridad nacional se encuentra en peligro por la presencia del demandante en su territorio, en esta medida deberá presentar pruebas el demandante de que al ser deportado sufrirá tortura o malos tratos.

En conclusión el TEDH nuevamente rechaza la relectura sugerida por Gran Bretaña, señalando que, *“el hecho ilícito del Estado Italiano, estaría constituido por el acto de deportación del demandante a Túnez, lo que violaría el contenido básico y absoluto del artículo 3 de la Convención y dicho hecho solo podría ser atribuible a Italia.”*

La Sentencia de la Gran Sala del TEDH, condena a Italia a la suspensión de la deportación de *Saadi* hacia Túnez, lo que supone un nuevo fracaso para la postura del Reino Unido, donde además, sale reforzado el carácter absoluto del artículo 3, reconociendo su conformidad con el artículo 15 del CEDH, que contempla la derogación en caso de “estado de excepción”⁴⁰², de ciertas obligaciones sinalagmáticas por los Estados asumidas, con la salvedad del artículo 2 del CEDH que contempla el derecho a la vida, y el mencionado artículo 3.

Con todo lo dicho, se pone de relieve la dudosa eficacia de las garantías diplomáticas que pudiera aportar un país de no dar malos tratos a sus nacionales deportados, situación que en no pocas ocasiones han denunciado

⁴⁰¹.Ibídem.

⁴⁰².Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, revisado de conformidad con los Protocolos n° 11 y n° 14, Secretaría del Tribunal Europeo del Derecho Humanos, junio de 2010.

las ONG's y propios órganos del Consejo de Europa, tales como el Comisario Europeo para los Derechos Humanos.

Por citar un ejemplo cabe recordar el caso sueco al cual nos hemos referido anteriormente, en el cual gobierno de dicho país, decidió expulsar a dos ciudadanos egipcios a su país de origen acusados de delitos relacionados con el terrorismo, sin oportunidad de apelación. En efecto, más tarde resultó de una investigación del gobierno sueco, que estos ciudadanos fueron sometidos a tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, a pesar de las supuestas garantías diplomáticas dadas por Egipto de no incurrir en esas prácticas prohibidas⁴⁰³.

Conviene señalar, que las garantías diplomáticas son en sí mismo el reconocimiento de que el país al que se quiere mandar a una persona no es seguro ni fiable en materia de respeto de los derechos humanos, lógicamente de caso contrario, no se pediría esa garantía. Por ello no puede verse más que como un fraude al sistema convencional de garantías del derecho de asilo y un alivio del país que quiere extraditar para quitarse el asunto de encima. Además de no existir un medio eficaz con el cual exigir responsabilidades al Estado que infringe la garantía dada, ni de proteger al interesado una vez que se encuentre en territorio del estado requirente.

Por otro lado, en cuanto a su ámbito material de validez, aún cuando resulta lógico, debemos precisar que la expulsión en sí misma no es violatoria del CEDH, sino que se necesita de otro elemento, como el que exista un <serio riesgo> de tortura o malos tratos (situaciones de las que normalmente, temen y huyen los refugiados)⁴⁰⁴.

⁴⁰³.Informe del Sr. GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Álvaro, Comisario Europeo para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (en el periodo de 15 de octubre de 1999 a 31 de marzo de 2006), sobre su visita a Suecia los días 21 a 23 de abril del 2004.

⁴⁰⁴.Según señala TRUJILLO HERRERA, como “elementos sustantivos de orientación” que se desprenden de los pronunciamientos de la Comisión, deben tenerse en cuenta los siguientes: “razones serías de creer” que se corre un riesgo real de ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes”. En este sentido, op. cit., p. 152.

Ahora bien, ¿qué se entiende por <tortura> y por <malos tratos>, o <tratos inhumanos o degradantes>?

Es conocido el caso *Soering c. Reino Unido* de 7 de julio de 1989⁴⁰⁵, en el cual se acusa a *Jens Soering*, de ciudadanía alemana, junto con su compañera sentimental de ciudadanía canadiense, de haber acecinado a los padres de ella en *Bedfor, Virginia* EE.UU en 1985. De este modo ambos se vieron sujetos a una solicitud de extradición por parte de EE.UU en agosto de ese año, en virtud del convenio anglo-americano sobre extradición de 1972, existente entre EE.UU y Reino Unido⁴⁰⁶.

El demandante *Soering*, solicitó a las autoridades de Reino Unido que denegase la solicitud de extradición hecha por los EE.UU ante la inminente posibilidad de ser hallado culpable por delito de homicidio en aquel país y de ser sentenciado a muerte por el “gran jurado” de *Bedfor, Virginia*; además ante la imposibilidad del Reino Unido de conseguir garantías por parte de EE.UU de que al ser extraditado no sería sentenciado y ejecutado.

La solicitud de *Soering*, fue rechazada por el Gobierno de Gran Bretaña, por lo que *Soering*, acudió entonces a la Comisión en 1988, invocando el artículo 3 del CEDH por considerar que su extradición, sin la obtención de garantías de no ser sentenciado a muerte en los EE.UU violentaba su derecho a no ser sometido a tortura y malos tratos inhumanos o degradantes, equiparando dichos tratos con el hecho de permanecer a la espera de ser ejecutado en el <<corredor de la muerte>> en los EE.UU si fuese hallado culpable de dichos cargos.

En consideración a lo anterior, en primer lugar, el TEDH afirma que:

⁴⁰⁵.STEDH *Soering c. Reino Unido*, n°14038/88, de 7 de julio de 1989.

⁴⁰⁶.A demás, *Soering* fue requerido en extradición en marzo de 1987 por la República Federal Alemana, en virtud del Convenio de Extradición entre ambas naciones que data de 1872.

*“El Convenio no garantiza el derecho a no ser extraditado. Sin embargo, en caso de que una decisión de extradición pueda afectar el ejercicio de un derecho protegido por el Convenio, podrían resultar exigibles al Estado parte ciertas obligaciones tendentes a prevenir la vulneración de la disposición en cuestión”*⁴⁰⁷.

Según TEDH, para que un trato o pena sea considerado dentro del ámbito de aplicación del artículo 3, este deberá tener un “mínimo de gravedad”, “la apreciación de ese mínimo es, por lo demás, relativa, y depende sobre todo de la naturaleza y del contexto en que dicho trato o pena se produzcan”⁴⁰⁸.

En todo caso, para ser considerados inhumanos o degradantes, “el trato o pena deben provocar un sufrimiento y una humillación que sobrepase los límites de aquellos que inevitablemente conlleva la imposición de una pena legítima determinada”⁴⁰⁹.

Aún cuando el TEDH, no considera en sí misma la pena de muerte, como un trato inhumano o degradante, el hecho de pasar por tortura psicológica en el corredor de la muerte, a la espera de ser ejecutado, si se encuentra considerado en el ámbito de aplicación del artículo 3 del CEDH, con lo que finalmente, se da la razón a *Soering*. No obstante, cabe preguntarse si el criterio del TEDH sería hoy el mismo a la luz del Protocolo 6, que prohíbe la pena de muerte en los Estados miembros del Consejo de Europa⁴¹⁰.

A nuestro juicio, el alcance del artículo 3 del CEDH aún no se encuentra delimitado en su totalidad y los criterios de prohibición de expulsión, que se desprenden de la línea marcada por las mencionadas Sentencias⁴¹¹, son

⁴⁰⁷.STEDH, *Soering c. Reino Unido*, nº 14038/88, de 7 de julio de 1989, Fundamento de Derecho, nº 1.

⁴⁰⁸.Ibidem.

⁴⁰⁹.Ibidem.

⁴¹⁰.Vid. Protocolo número 6, del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte (número 114 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.

aplicables en otros supuesto excepcionales, tales como la prohibición de expulsión a extranjeros enfermos de gravedad, particularmente en casos de infección por VIH, tal y como establece la STEDH *N. c. Reino Unido*, de 27 de mayo de 2008⁴¹², en dos situaciones especiales a saber: cuando el demandante se encuentre gravemente enfermo y próximo a la muerte; o bien, cuando no sea seguro que pueda recibir asistencia médica adecuada en su país de origen.

Queda clara la postura del TEDH, en cuanto a la responsabilidad de los Estados que acuerdan y ejecutan una orden de expulsión o extradición, si como consecuencia del retorno del extraditado o expulsado a su país de origen, dicho país le infringe tortura o tratos prohibidos por el artículo 3, o bien, sea incapaz de evitarle dichos tratos, aún cuando esto plantee un “claro supuesto de aplicación extraterritorial del CEDH”⁴¹³.

Este criterio había sido refrendado en el caso *Cruz Varas y otros c. Suecia* de 20 de marzo de 1991⁴¹⁴, en el cual el TEDH recuerda la sentencia dictada en el mencionado caso *Soering*, donde se estableció que la decisión de un Estado parte de extraditar a un fugitivo a un país, dentro del cual se tuvieran motivos suficientes para pensar que el extraditado corriese el <<riesgo real>> de ser torturado o ser objeto de tratos prohibidos, acarrearía responsabilidad al Estado requerido. Así mismo, el TEDH estima que dicho razonamiento es aplicable a los casos de expulsión, lo que supone una obligación para el Estado que pretende ejecutar una orden de esa naturaleza, de apreciar antes la situación del país de destino, en relación con las circunstancias del demandante.

⁴¹¹. Véase en este sentido otras Sentencias más recientes como, la STEDH *Murat Gasayev c. España*, de 9 de febrero de 2009; o la STEDH *N.A. c. Reino Unido* de 7 de julio de 2008; o la STEDH *O. c. Italia* de 24 de marzo de 2009.

⁴¹². STEDH *N. c. Reino Unido*, de 27 de mayo de 2008, disponible en: http://www.idpbarcelona.net/docs/normativa/immig/jurisprudencia/tedh/33_nc_contra_reino_unido.pdf, última visita, el 21 de mayo de 2011.

⁴¹³. Vid. PÉREZ SOLA, Nicolás, “Directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos”, en: *Revista de Estudios Jurídicos* n° 8/2008, Segunda época, p.3.

⁴¹⁴. STEDH, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, n° 15576/89, disponible en: www.echrcoeint/eng/judgments.htm, última visita el 21 de mayo de 2011.

IV.3.2. El Artículo 5 del CEDH.

El artículo 5 del CEDH garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad. La incidencia de este artículo sobre la institución del asilo, radica especialmente en la situación de las detenciones de los refugiados o solicitantes de asilo en territorio de los Estados miembros.

El artículo 5 no prohíbe la detención en sí misma, pero relaciona una serie de situaciones en las que las detenciones podrán ser empleadas, con cuidado de observar ciertas garantías procesales. En este sentido, el artículo 5 nos dice lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a. Si ha sido detenido legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;*
- b. Si ha sido privado de libertad y detenido, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial dictada conforme a derecho o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;*
- c. Si ha sido privado de libertad o detenido, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;*
- d. Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de un menor con el fin de vigilar su educación, o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente;*
- e. Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;*
- f. Si se trata de la privación de libertad o de la detención, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra el cual este en curso un procedimiento de expulsión o extradición.*

2. *Toda persona detenida debe ser informada, en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.*

3. *Toda persona detenida o privada de su libertad en las condiciones previstas por el párrafo 1.c, del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio.*

4. *toda persona privada de su libertad mediante detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuere ilegal.*

5. *Toda persona víctima de una privación de libertad o de detención realizada en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación*⁴¹⁵.

Es conveniente en primer lugar, comprender el significado del término <detención>, puesto que el CEDH guarda silencio al respecto, pero en cambio, parece referirse a la <privación de la libertad> como sinónimo, expresión que ha sido matizada por el TEDH en múltiples ocasiones. Una de las más ilustrativas es el caso *Guzzardi c. Italia*, de 6 de noviembre de 1990, que nos dice lo siguiente:

“para determinar si una persona ha sido “privada de su libertad, en el sentido del artículo 5, el punto de partida debe ser la situación concreta, y se

⁴¹⁵.Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, revisado de conformidad con los Protocolos n° 11 y n° 14, Secretaría del Tribunal Europeo del Derecho Humanos, junio de 2010.

*debe prestar atención a una serie de criterios tales como el tipo, la duración, los efectos y la manera de implementación de la medida en cuestión*⁴¹⁶.

Un ejemplo clarificador de los mencionados elementos, lo encontramos en el conocido caso *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, en el cual la señora *Lahima Amuur* junto con sus hermanos de nacionalidad somalí, fueron retenidos en la zona de tránsito del aeropuerto Orly en París, por el hecho de haber entrado en el país con pasaportes falsos. Los *Amuur* manifestaron que habían salido huyendo del país porque sus vidas corrían grave peligro, puesto que ya habían perdido algunos miembros de la familia que habían sido asesinados, motivo por el cual se encontraban pidiendo asilo en Francia. Las autoridades francesas denegaron la entrada a Francia a la familia *Amuur*, y los mantuvieron retenidos en dicha zona de tránsito durante 20 días. La solicitud de asilo no prosperó, debido a que no contaban con un permiso de residencia legal, y fueron expulsados del país⁴¹⁷.

Los *Amuur* acudieron ante la Comisión argumentando que su detención en la zona de tránsito del aeropuerto constituyó una <privación de la libertad> y violentaba el artículo 5.1.f del CEDH. Así mismo, alegaron las malas condiciones físicas de sus <<detención>> en dicha zona, considerando además, que el tiempo que estuvieron detenidos fue excesivo y trajo para ellos consecuencias negativas.

Francia por su parte, manifestó que los denunciantes no habían sido detenidos, puesto que tuvieron la opción de regresar al país del cual habían venido siempre que hubieran querido, ya que la única restricción de circulación que había, era hacia el lado del territorio francés y no hacia el exterior.

En consideración a lo anterior, el Tribunal estableció que:

⁴¹⁶.STEDH, *Guzzardi c. Italia*, de 6 de noviembre de 1990, párrafo 92.

⁴¹⁷.Resumen de la STEDH, *Amuur c. Francia*, n°19776/92, de 25 de junio de 1996, elaborado por la Oficina de Enlace del ACNUR en Estrasburgo, Francia. Su traducción estuvo a cargo de la Unidad Legal Regional para las Américas.

“el mero hecho de que resulte posible que los solicitantes de asilo abandonen voluntariamente el país donde desean encontrar asilo no excluye que se trate de una restricción de la libertad (...). Además, esta posibilidad se vuelve teórica si no existe otro país que ofrezca una protección comparable a la protección que ellos esperaban del país en el cual se encontraban solicitando asilo, y que se encuentra dispuesto y preparado para aceptarlos”⁴¹⁸.

El Tribunal también consideró equivalente en términos prácticos, la retención en la zona de tránsito del aeropuerto Paris-Orly con una <privación de la libertad> (párr.49), considerando resolviendo a su vez una violación al artículo 5.1 del CEDH.

Cabe mencionar, cierta similitud de los criterios proporcionados por el TEDH, con los criterios del ACNUR respecto del término <detención> (en consideración de la interpretación del ACNUR sobre el artículo 31 de la Convención de Ginebra, el cual prohíbe a los Estados contratantes, imponer restricciones de circulación a los refugiados o solicitantes de asilo, más que las <necesarias>), al que se refiere como un “confinamiento en un lugar estrechamente limitado o restringido, incluyendo prisiones, campos cerrados, instalaciones de detención o zonas de tránsito en los aeropuertos, donde la libertad de movimiento esta substancialmente limitada, y donde la única oportunidad de abandonar esa área restringida es abandonar el territorio”⁴¹⁹.

El caso *Ammur*, cobra especial interés en la actualidad, por lo referente a las zonas de los aeropuertos consideradas <internacionales>, puesto que bajo la “falsa premisa de extraterritorialidad”⁴²⁰, algunos Estados europeos han hecho habitual las practicas de expulsión de extranjeros y solicitantes de asilo, considerando erróneamente, que al intervenir y evitar la entrada de personas

⁴¹⁸.STEDH *Amuur* contra Francia, de 25 de junio de 1996, demanda No. 19776/92, párrafo 48.

⁴¹⁹.Cfr. Directrices del ACNUR sobre criterios y estándares aplicables en materia de detenciones de solicitantes de asilo, disponible en: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4992fb672>, última visita el 25.05.2011.

⁴²⁰.En este sentido, TRUJILLO HERRERA, Raúl, op.cit., p. 156.

extranjeras a su territorio nacional, no se violenta el principio de *non refoulement*.

En dicha Sentencia el Tribunal ha dicho que, “aunque los demandantes no se encontraban (técnicamente, de conformidad con la legislación interna) en Francia, durante su retención en la zona internacional del aeropuerto de *Orly* en París se encontraban sujetos a la legislación francesa”, y dice más al señalar que, “a pesar de su nombre, la zona internacional no significa un estatus extraterritorial” (párrafo 52).

El artículo 5, es muy incisivo al referir que tales detenciones deberán ser conforme a derecho, ya sea de carácter penal o administrativo, y de esta forma lo ha reiterado el TEDH, además de puntualizar que dichas decisiones deberán tener siempre un soporte legal adecuado y compatible con el CEDH⁴²¹.

Otras cuestiones relacionadas, tales como la duración de la detención, las condiciones de los centros de retención o detención, o las medidas empleadas para realizar dichas detenciones, han sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal.

En lo referente al tiempo de detención, el Tribunal no se ha pronunciado de forma especial sobre lo que sería <adecuado> para la duración de dichas medidas, no obstante en el caso *Quinn c. Francia*, de 22 de febrero de 1995, el Tribunal se refirió al tiempo que deben durar las detenciones con miras a la expulsión o extradición, considerando que:

*“resulta claro, tanto del texto de la versión francesa, como de la versión inglesa del artículo 5, párrafo 1.f, que la privación de libertad de conformidad con estos subpárrafos debe estar justificada solo por el tiempo que se extienda la conducción de los procedimientos de extradición. Por ello, si tales procedimientos no se realizan con la diligencia debida, entonces la detención deja de estar justificada según el artículo 5.1.f”*⁴²².

⁴²¹.STEDH, *Amuur c. Francia*, n°19776/92, de 25 de junio de 1996, párrafo. 50.

⁴²².STEDH, *Quinn c. Francia*, demanda n° 18580/91, de 22 de febrero de 1995, párrafo 48.

Sin embargo en otros asuntos, el Tribunal ha considerado que el tiempo excesivo de detención, así como las malas condiciones de los centros destinados para esos fines y las medidas empleadas, pueden contravenir el artículo 3, tal y como lo interpreta en la Sentencia *Dougoz c. Grecia*, de 6 de marzo de 2001⁴²³.

En el caso *Conka C. Belgica*, de 5 de febrero de 2002, el Tribunal se pronunció respecto de las medidas de detención empleadas, así como de la legalidad de las mismas, en los casos particulares de solicitantes de asilo. En este asunto los demandantes argumentaron ante el Tribunal, que el Gobierno Belga los había convocado a la estación de policía por razones distintas a las de su detención, lo que naturalmente significa un engaño por parte del Gobierno Belga. Así mismo alegaron que no recibieron información correcta sobre las causas de su detención y no tuvieron control judicial sobre la misma, lo que en conjunto supone una violación al artículo 5.1, 5.2 y 5.4 del CEDH.

El Tribunal, al valorar el método mediante el cual se había engañado a los demandantes para realizar la detención, manifestó que:

*“Si bien la Corte no pretende excluir el uso de estratagemas por parte de la policía con el propósito de, por ejemplo, hacer frente a las actividades criminales de manera más efectiva, aquellos actos mediante los cuales las autoridades buscan ganar la confianza de los solicitantes de asilo con miras a arrestarlos, para luego deportarlos puede resultar contrario a los principios generales contenidos, aún de manera implícita en el Convenio Europeo”*⁴²⁴.

En dicho asunto las propias autoridades Belgas, admitieron que se trataba de un “pequeño engaño”, además de que dichas prácticas no se encontraban bajo el control de los Tribunales nacionales, con lo que el Tribunal estimó que se violentaba el artículo 5.1 del Convenio, por considerar que la lista de excepción contenidas en dicho artículo es de “carácter exhaustivo” y

⁴²³.STEDH, *Dougoz c. Grecia*, n° 40907/98, de 6 de marzo de 2001.

⁴²⁴.STEDH, *Conka C. Belgica*, n° 51564/99, de 5 de febrero de 2002, párrafo 41.

“solo una interpretación restrictiva de tales excepción resulta consistente con el objeto de tal disposición”⁴²⁵.

El Tribunal enfatiza en este caso, que la información que proporcione cualquier gobierno con estas pretensiones, debe ser confiable, por lo que considera el <engaño> a extranjeros y solicitantes de asilo en estos supuestos, incompatible con dicho artículo 5 del Convenio.

Finalmente, en cuanto al control judicial, el Tribunal considera que “la ausencia de recursos internos evidencia la carencia de un efectivo foro judicial para controlar la legalidad de la detención”⁴²⁶, lo que contraviene claramente el artículo 5.4 del Convenio.

Se puede decir que el derecho a la libertad es uno de los derechos esenciales que protege el CEDH, por lo que la <detención> debe ser tratada con el máximo de garantías legales y procesales posibles. La detención en tiempos actuales, desafortunadamente se ha vuelto una herramienta clave para la lucha contra la inmigración irregular en algunos países europeos y principalmente en la zona de la Unión Europea, practicas llevadas a cabo a través de toda clase de engaños y coerción de la voluntad, con métodos tales como las compensaciones económicas.

Como ejemplo, podemos hablar de lo sucedido recientemente en Francia con las expulsiones masivas de los nacionales rumanos, y otros ciudadanos extracomunitarios, país que en los últimos años ha concedido el mayor número de solicitudes de asilo en comparación con los demás países de la zona euro, pero que sin embargo se ha centrado especial atención por la aprobación de la reciente Ley de inmigración, el pasado 11 de mayo de 2011 por el Parlamento francés, misma que para algunos se trata de una normativa encaminada a la persecución de inmigrantes ilegales para su posterior

⁴²⁵.Ibídem. párrafo 42.

⁴²⁶.Ibídem. párrafo 45.

expulsión⁴²⁷, con lo que parece girar sus políticas migratorias y de asilo hacia un sentido más restrictivo, y no totalmente de conformidad con el CEDH.

IV.3.3. El Artículo 8 del CEDH.

El artículo 8 del CEDH, garantiza el derecho a la vida familiar y privada, del cual se han podido beneficiar refugiados y solicitantes de asilo y especialmente extranjeros de primera y de segunda generación⁴²⁸. Su contenido nos dice que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, salvo cuando sea de acuerdo con la ley y sea necesaria en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, seguridad pública, o el bienestar económico del país, la protección de la salud o la moral o la protección de los derechos y libertades de otros”.

La importancia de este artículo, oscila en la interpretación que le ha dado el TEDH, de modo tal que posibilita la reunificación de los miembros de las familias de nacionalidad extranjera, que se encuentran establecidas de forma permanente en cualquiera de los Estados signatarios del CEDH; así como también, proporciona cierta protección contra la expulsión, cuando ésta perjudica la vida en familia o la vida privada de los individuos en dos formas conocidas a saber: una, cuando una persona establecida en un Estado miembro, pretende traer a un miembro de su familia que vive en el exterior; y

⁴²⁷.En este sentido, JIMÉNEZ BARCA, Antonio, “Francia aprueba una ley para agilizar la expulsión de inmigrantes indocumentados”, diario el País, viernes 13 de mayo de 2011, p. 4.

⁴²⁸.Debemos entender en este trabajo, como primera generación, aquellos inmigrantes establecidos permanentemente en territorio de los Estados parte, pero no nacidos en dicho Estado; y por segunda generación, aquellos hijos de inmigrantes, establecidos permanentemente en territorio de los Estados parte, nacidos en dicho Estado. La definición es nuestra, para efectos de este trabajo.

dos, cuando una persona establecida en el territorio de un Estado miembro, pretende evitar su expulsión o retorno a su país de origen⁴²⁹.

Es interesante ver como la Comisión y el TEDH han ampliado la protección brindada por el artículo 8⁴³⁰, el cual encuentra sus principales limitaciones en sí mismo, en las condiciones contenidas en su párrafo segundo.

Estas condiciones, suponen límites importantes para el disfrute de los derechos que dicho artículo garantiza, en el sentido de que justifican la intromisión del Estado en la vida familiar o privada, siempre que las medidas empleadas, sean de conformidad con la ley, sean <<necesarias>> en una sociedad democrática, y legítimas (es decir, que persigan una de las causas transcritas en dicho párrafo segundo). En ello deberá tomarse en cuenta factores como, el grado de integración de la persona concernida en el Estado receptor, los vínculos que se mantienen con dicho Estado, o las circunstancias del posible país de envío⁴³¹.

A tales efectos, cabe preguntarse ¿Quiénes pueden disfrutar de la protección que proporciona el artículo 8 del Convenio? Es conveniente saber en primer lugar, qué ha entendido el TEDH sobre el concepto de <vida familiar> y <vida privada>, que si bien es verdad que sus primeras interpretaciones han sido muy ortodoxas, en recientes fechas el Tribunal ha flexibilizado considerablemente dichos términos.

Inicialmente, la noción de familia en este contexto era concebida de forma muy restrictiva, considerando como <núcleo duro> solo a los padres, hijos y esposos. El Alto Tribunal no ha delimitado totalmente dicho término, con lo que su evolución y ampliación es evidente, pero en todo caso ha tenido siempre claro que el tradicional <núcleo duro> no puede faltar. De esta forma lo

⁴²⁹.Vid. La “Hoja de información del ACNUR, artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, ACNUR, marzo de 2003, Unidad Legal Regional de San José de Costa Rica.

⁴³⁰.Ibídem.

⁴³¹.TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 154.

expone en numerosas sentencias, de las cuales destaca el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, en el cual opina que, “cualquier otra cosa que la palabra familia pueda significar, debe incluir, bajo cualquier costo, la relación que surge de un matrimonio legal y genuino (...) incluso si la vida familiar (...) no se ha establecido completamente”⁴³².

Tan rígida interpretación en relación a la necesidad de un <matrimonio legal y genuino> para constituir una familia, es flexibilizada por el TEDH con la Sentencia *Berrehab c. Países Bajos*, de 21 de junio de 1988, en la que el Tribunal considera que, en caso de haber hijos en una pareja divorciada, la vida familiar entre ellos y sus hijos puede continuar a pesar de que los padres no vivan juntos⁴³³.

Dicho criterio es reiterado en el asunto *Ciliz c. Países Bajos*, de 11 de julio de 2000, donde el Tribunal considera que, ni la separación de los padres e incluso el hecho de que estos no se lleven bien, serán circunstancias que terminen con la vida familiar.

Efectivamente, en este caso el demandante *Ciliz* se había separado de su cónyuge, no obstante el Tribunal consideró que “los eventos subsecuentes a la separación del demandante, no constituyeron circunstancias excepcionales capaces de romper los lazos de “vida familiar” entre el demandante y su hijo”⁴³⁴.

En esta etapa jurisprudencial, el vínculo inquebrantable entre padres e hijos, se constituye en la piedra angular del concepto de la vida familiar, y en este orden de ideas podemos recordar el caso *Gul c. Suiza*, de 19 de febrero de 1996, donde el Tribunal se refiere a los hijos, afirmando que:

⁴³².STEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, párrafo 62.

⁴³³.STEDH, *Berrehab c. Países Bajos*, n° 10730/84, de 21 de junio de 1988, párrafo 21.

⁴³⁴.STEDH, *Ciliz c. Países Bajos*, n° 29192/95, de 11 de julio de 2000, párrafo 60.

“(…) un hijo nacido de la unión marital resulta ipso jure parte de esa relación; en consecuencia, desde el momento del nacimiento del niño y precisamente por ese mismo hecho, surge entre él y sus padres un vínculo que constituye la vida familiar, la cual no puede quebrantarse por eventos sucesivos que puedan tomar lugar (…).”⁴³⁵

Esta línea interpretativa, expansiva del término <vida familiar>, también ha dado frutos y herramientas para extranjeros que mantienen otro tipo de vínculos familiares fuera de la relación padres e hijos. Una Sentencia trascendental, que ha marcado la pauta en cuanto a la ampliación de la noción de vida familiar, fuera del mencionado núcleo duro, es la del caso *Marck c. Belgica*, de 27 de abril de 1979, en la cual el Tribunal consideró que:

“(…) la vida familiar, en el sentido del artículo 8, incluye al menos los vínculos entre los familiares cercanos, por ejemplo, los existentes entre los abuelos y los nietos, ya que tales familiares podrían jugar un papel importante en la vida familiar”⁴³⁶.

Se pudiera decir, que tal interpretación, ha cambiado el enfoque de la vida familiar dándole un sentido fáctico, puesto que además en dicha sentencia el Tribunal advierte, *“que el artículo 8 no hace diferencia entre la familia “legítima” y la “ilegítima”⁴³⁷*, refiriéndose en este caso en particular, a la legislación belga aplicable a los niños nacidos fuera del matrimonio. Este precedente abre además la posibilidad de que se considere la aplicabilidad del artículo 8 del CEDH, a otro tipo de uniones familiares en que se mantiene una convivencia estable, tales como las relaciones entre hermanos, tíos y sobrinos, entre otros. A partir de esta novedosa línea interpretativa, deberá tenerse en cuenta, para determinar la vida familiar, elementos como la convivencia, o la existencia de una dependencia económica o afectiva.

⁴³⁵.STEDH, *Gul c. Suiza*, demanda n° 23218/94, de 19 de febrero de 1996, párrafo 32.

⁴³⁶.STEDH, *Marck c. Belgica*, Serie A, n°31, de 27 de abril de 1979, párrafo 45.

⁴³⁷.Ibídem. párrafo 31.

Esta visión del TEDH, ha dejado claro que el CEDH, tiene la cualidad de adecuación ante las exigencias que las sociedades modernas reclaman, lo que debe suponer que el propio Tribunal pueda cambiar de opinión y modificar ciertas posturas que a la luz de los tiempos modernos puedan verse rebasadas o anticuadas.

Por citar un posible ejemplo, en el caso de *X y Y. c. Reino Unido*, referente a las relaciones homosexuales, la antigua Comisión de Derechos Humanos, decidió que ellos (ahora reconocidos como pareja de hecho en la mayoría de los países europeos) se encontraban en el ámbito del derecho a que se respetase la vida privada, pero no la vida familiar, al considerar que, “*no obstante la evolución moderna de actitudes hacia el homosexualismo (...) la relación del denunciante no se encuentra comprendida en el ámbito del derecho al respeto a la vida familiar garantizado por el artículo 8*”⁴³⁸.

De lo dicho en este párrafo, es lógico pensar, que bajo los criterios asentados por el Tribunal en el caso *Marck c. Bélgica*, en el que se ha dibujado una línea interpretativa más liberal, los nuevos modelos de familias de facto, especialmente las parejas homosexuales o lésbicas, deben tener cabida por analogía dentro de la noción de vida familiar y no dentro de la vida privada, y no solo por el hecho de que en varios países ya es legal el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino porque a demás tiene la posibilidad de adoptar.

Por otro lado, en otro ejemplo de vanguardia, el Tribunal en recientes fechas ha puesto de manifiesto en el terreno del <reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras> referente al estado civil y familiar, que el <no reconocimiento> de una decisión de un Estado extranjero (inclusive de los no parte del Consejo de Europa) por un Estado parte del CEDH, puede constituir una violación al artículo 8. Así lo ha considerado el Tribunal en el caso *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, de 3 de mayo de 2011, el cual se cuestiona la

⁴³⁸.Vid. La Hoja informativa del ACNUR, “El Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDR)”. ACNUR, Marzo de 2003, Unidad Legal Regional, San José, Costa Rica, Marzo de 2003, apdo. 2.4.

legalidad de una adopción constituida en los EE.UU, por parte del Estado heleno.

El Tribunal ratificó dicha postura, recordando la Sentencia de 28 de junio de 2007 en el asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, donde declaró que, *“la negativa de los tribunales de Luxemburgo para decidir la ejecución de una adopción extranjera es una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar”*⁴³⁹

Por lo tanto, dicho <no reconocimiento> de una adopción efectuada en el extranjero, supone una violación del derecho a la vida privada y familiar del adoptante y del adoptado. Dice más el TEDH, al referir que dicha relación entre ambos, *“son similares en principio, a las relaciones familiares protegidas por el artículo 8”*⁴⁴⁰, lo que supone una nueva ampliación del ámbito de protección del mencionado artículo en el caso particular de las adopciones, pero también, la Sentencia en cuestión puede tener la utilidad de fundamento para el reconocimiento de decisiones extranjeras que constituyan otro tipo de vínculos familiares en el sentido del artículo 8.

Finalmente, el concepto de <vida privada> no ha sido tan desarrollado como el de <vida familiar>. El TEDH se ha declarado incompetente para realizar una definición precisa o exhaustiva de dicho término, pero además, no lo considera necesario. Sin embargo, en el caso *Niemientz c. Alemania*, de 7 de agosto de 1996, nos dice que:

*“(…) resultaría en exceso restrictivo limitar esta noción al “círculo íntimo” en el cual la persona vive su vida personal como lo elija, y excluir de él completamente el mundo exterior no contemplado en ese círculo. Sobre la vida privada, esta también debe incluir en cierto grado el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos”*⁴⁴¹.

⁴³⁹.STEDH, *Negrepointis-Giannisis c. Grecia*, de 3 de mayo de 2011, párrafo 60.

⁴⁴⁰.Ibídem, párrafo 55.

Como colofón, podemos mencionar la interpretación de vida privada, que el TEDH hace en el caso *C. c. Bélgica*, donde expreso que la vida privada, “comprende el derecho de una persona a formar y desarrollar relaciones con otros seres humanos, incluidas las relaciones de carácter profesional o de negocios”⁴⁴².

Sería lógico pensar que la transgresión a la vida privada, es un argumento potencialmente utilizable para evitar una posible expulsión, teniendo en cuenta en primer lugar los lazos que una persona puede establecer con el Estado de acogida y en cierta medida puede perder con el Estado de origen. Los pronunciamientos del Tribunal, respecto de los casos de violación a la vida privada por expulsión son muy escasos. Quizá esto se debe a que la mayoría de los denunciantes prefieren alegar perjuicio en sus relaciones familiares, entre otras cosas porque es más fácil de motivar.

Por otro lado, cuando se trate de expulsiones a refugiados, es muy posible que existan razones fundadas de que el refugiado, de ser expulsado pueda recibir tortura o malos tratos, con lo que el ACNUR⁴⁴³ recomienda en todo caso, invocar en primer lugar el artículo 3, puesto que las consecuencias de la medida de expulsión en dichos casos se estiman como más graves por el TEDH.

⁴⁴¹.STEDH, *Niemientz c. Alemania*, demanda n° 21794/93, de 7 de agosto de 1996, párrafo 29.

⁴⁴².Ver la Hoja de información del ACNUR, “El artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”, ACNUR, marzo de 2003, Unidad Legal Regional de San José de Costa Rica.

⁴⁴³.Ibídem.

IV.3.4. El Artículo 13 del CEDH.

El artículo 13 del CEDH garantiza el derecho a un recurso efectivo ante situaciones de transgresión al Convenio, lo cual muchas veces es determinante en los procedimientos de asilo o del reconocimiento de la condición de refugiado, mismos que por su naturaleza administrativa carecen de muchas garantías procesales, pero que encuentran ciertas consideraciones en dicho artículo 13 en el siguiente sentido:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”⁴⁴⁴.

Dicha disposición se constituye como una herramienta de gran importancia para los procedimientos de asilo e inmigración, en tanto que el artículo 6 del Convenio, que garantiza el derecho a un <juicio justo>, ha sido interpretado por el Tribunal de forma restrictiva, limitando su aplicabilidad material a lo civil y penal⁴⁴⁵.

En virtud del artículo 13, el solicitante de asilo o refugiado, tiene la posibilidad de interponer un recurso ante una instancia nacional con garantías de “independencia e imparcialidad”, pero además, debido a que las medidas de expulsión o devolución pueden traer graves e irreparables consecuencias, un recurso efectivo, en el sentido del mencionado artículo 13, conlleva un <efecto suspensivo> que interrumpe dichas medidas. En consecuencia, si un Estado miembro no garantiza las condiciones descritas, estará violentando el derecho consagrado en el artículo 13, con lo que el perjudicado podrá acudir ante el

⁴⁴⁴.Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, revisado de conformidad con los Protocolos n° 11 y 14.

⁴⁴⁵.Cfr. Hoja informativa del ACNUR, “El Artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, San José de Costa Rica, marzo de 2003, apdo.1.2.

Tribunal de Estrasburgo para *“que se defienda su causa y, de ser apropiado obtener reparación”*⁴⁴⁶.

Por otro lado, debemos mencionar el artículo 13 tiene ciertas limitaciones, unas intrínsecas y otras matizadas por el propio TEDH. En primer lugar, como su propia letra lo indica, el derecho a la concesión de un recurso efectivo, puede ser invocado únicamente cuando se ha violentado un derecho de los garantizados por el CEDH, lo que reduce considerablemente su ámbito de aplicación.

En segundo lugar, el Tribunal considera que un recurso interno efectivo, no puede existir para todos los casos en que una persona piense que alguno de sus derechos consagrados por el CEDH ha sido violado, sino que limita tal recurso, solo a los casos en que se trate de “peticiones defendibles” (*“arguable claim”*), así lo expone el eximio Órgano jurisdiccional en el caso *Boyle y Rice c. Reino Unido* de 27 de abril de 1988, que a la letra dice:

*“(...) el artículo 13 no puede, razonablemente, interpretarse que requiera un recurso en la legislación interna para cualquier presunta queja que una persona pueda tener de conformidad con el Convenio, sin importar lo infundada que su petición pueda resultar: la queja debe resultar defendible (“arguable”) en los términos del Convenio”*⁴⁴⁷

En acto seguido, cabe preguntarse, qué entiende el Tribunal por una queja <defendible>, puesto que no existe, o por lo menos no hemos encontrado una definición precisa hecha por el Tribunal de ese término, no obstante, en la misma Sentencia, existe cierto paralelismo entre el término “defendible” y “buen fundamento”, en lo que se refiere el Tribunal, a lo siguiente:

⁴⁴⁶.STEDH, *Klass c. Alemania*, demanda n° 5029/71, de 6 de septiembre de 1978, párrafo 64.

⁴⁴⁷.STEDH, *Boyle y Rice c. Reino Unido*, demanda n° 9659/82, de 27 de abril de 1988, párrafo 52.

“(…) el rechazo de una petición por resultar manifiestamente infundada equivale a que no existe siquiera un caso prima facie contra el Estado demandado. En el sentido común de las palabras, resulta difícil concebir como una petición que esta manifiestamente infundada pueda resultar defendible, y viceversa”⁴⁴⁸

El término <manifiestamente infundada>, aparentemente tiene el inconveniente de ser empleado por muchos de los Tribunales nacionales europeos en materia de asilo y refugio con múltiples acepciones, lo que dificulta su comprensión y limita su empleo.

En lo que respecta a la noción <petición defendible>, el ACNUR oportunamente ha interpretado el razonamiento del TEDH respecto de dicho término, en lo que considera que se trata de “aquella que tendría un mérito en cuanto al fondo del asunto y que está basada en una presunta violación de un derecho protegido por el Convenio Europeo”⁴⁴⁹.

Finalmente, la incidencia de la jurisprudencia del TEDH en el asilo y refugio, ha sido copiosa en el amplio número de casos que se relacionan con el artículo 13, en lo que considera que el contenido de una solicitud de asilo es equiparable a una petición de no devolución en el sentido del artículo 3 del mismo Convenio, y se ha referido a temas entre los que se encuentran:

- i. la necesidad de un escrutinio riguroso e independiente de las decisiones;*
- ii. la efectividad del sistema del control judicial;*
- iii. la imposición de plazos después de los cuales la solicitud de asilo no sería recibida;*
- iv. la disponibilidad de un recurso efectivo en casos de expulsión donde se ventilen temas de seguridad nacional;*
- v. la necesidad de “tratar con el aspecto sustantivo de la petición”;*

⁴⁴⁸.Ibidem, párrafo 57.

⁴⁴⁹. STEDH, *Silver y otros contra el Reino Unido*, 26 de marzo de 1987, demanda no. 9310/81, párrafo, 113.

vi. los efectos suspensivos de medidas diseñadas para evitar la deportación; y
vii. el acceso a asistencia jurídica en procedimientos para la determinación de la condición de refugiado”⁴⁵⁰.

En términos prácticos, se pudiera decir que el Tribunal ha venido desarrollando una serie de normas mínimas con las que los Estados deberán tratar los procedimientos de asilo y refugio, sin perjuicio de las posibilidades que suponen las instancias nacionales equipadas con <<recursos efectivos>>, así como la posibilidad de acudir ante el Tribunal de Estrasburgo, con el artículo 13 como base fundamental, en caso de que los Estados incumplan sus compromisos en dicha materia.

IV.3.5. El Artículo 14 del CEDH.

El artículo 14 prohíbe la discriminación en cuanto al goce de los derechos garantizados por el CEDH, en este sentido nos dice que:

“El goce de los derechos reconocidos en el presente Convenio, ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

El TEDH, después de medio siglo de funcionamiento no ha realizado objeción alguna respecto de las demandas interpuestas contra un Estado por personas no nacionales del mismo, sean o no ciudadanos de países miembros del Consejo de Europa. Se conoce pues, que de las garantías emanadas del CEDH puede disfrutar cualquier persona que se encuentre bajo la jurisdicción de cualquier Estado signatario⁴⁵¹.

⁴⁵⁰.Ibídem.

Existen otros artículos que no pertenecen al CEDH en sentido estricto y son invocables ante el TEDH, tales como el artículo 2 y 2.1 del Protocolo nº 4, del CEDH, en el cual se reconoce el derecho de toda persona que se encuentre legalmente en un país, de circular libremente y de elegir su sitio de residencia; se reconoce también el derecho que toda persona tiene a abandonar un país, incluso el propio.

El artículo 1 del Protocolo nº 7, prohíbe la expulsión de todo extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado miembro, si esta no se realiza conforme a la Ley y sin que la persona sujeta a una ejecución de expulsión pueda:

- a) *“Hacer valer las razones que existan contra su expulsión;*
- b) *Hacer que su caso sea revisado;*
- c) *Ser presentado para estos fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas asignadas por esta autoridad”⁴⁵².*

IV.3.6. Otros artículos de interés.

El artículo 39 del reglamento del TEDH, puede resultar una herramienta muy útil, en especial cuando existe una deportación pendiente de ejecución, o bien una orden de expulsión. El efecto suspensivo que garantiza el artículo 39, es una medida cautelar del TEDH, utilizada frecuentemente sobretodo en casos relacionados con expulsiones, extradiciones o deportaciones de personas en los distintos supuestos de necesidad de protección internacional, lo que permite al TEDH, resolver la admisibilidad o el fondo de una petición, protegiendo mientras tanto la integridad del peticionario amenazada por las posibles decisiones arbitrarias de los Estados parte.

⁴⁵¹.En este sentido, FREIXES, Teresa, y REMOTTI CARBONEL, José Carlos, “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y el la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos”, en: Revista de Derecho Político núm. 44, 1998, p. 116.

⁴⁵².Protocolo nº 7 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, artículo 1.

A manera de conclusión, se pudiera decir que la función del TEDH (antes con la antigua Comisión), ha sido muy positiva, en cuanto que ha permitido desarrollar una importante gama jurisprudencial, reconociendo así derechos fundamentales del propio CEDH y extendiéndose al reconocimiento de otros tantos derechos a través de técnicas expansivas y más garantistas, como es el caso del derecho de los extranjeros en circunstancias especiales, a no ser expulsados del territorio de los Estados miembros.

Sin embargo, este mismo derecho reconocido a través de una consolidada, pero no aceptada pacíficamente, línea jurisprudencial, es la muestra de que el reconocimiento de los derechos fundamentales que constituyen la institución del asilo, no llega de la forma más directa, ni expedita, que las personas necesitadas de protección internacional necesitan.

Recordemos en este mismo ejemplo, que la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, en sus inicios declaraba inadmisibles las demandas de los extranjeros amenazados por órdenes de expulsión, por razón de la materia, es decir, por no figurar *expresis verbis* en el contenido del CEDH el derecho de los extranjeros a no ser expulsados⁴⁵³. Esta situación, tal y como hemos venido mencionando ha sido matizada por el TEDH a favor de ciertos extranjeros.

No vemos ocasión de mencionar otros tantos ejemplos, pero con lo visto hasta ahora pudiéramos decir que la protección que ofrece el TEDH, que se desprende de la interpretación del CEDH y sus Protocolos, se ve muchas veces condicionada por las tendencias ideológicas de los Magistrados europeos que lo integran. Pero además, debe tenerse en cuenta el factor “voluntad” de los Estados contratantes, puesto que tal y como hemos dicho antes, estos deberán aceptar someterse a la jurisdicción del TEDH, reconocer la personalidad jurídica de los demandantes y adoptar formalmente los

⁴⁵³.En este sentido JIMENA QUESADA, trae a colación el asunto X contra Bélgica de 13 de abril de 1961, que trataba el caso de un escritor húngaro reputado como comunista, amenazado con una orden de expulsión, demanda que fue inadmitida por la antigua Comisión, declarando lo siguiente: “*el derecho de residencia o de estancia de los extranjeros en el territorio de los Estados contratantes no figura, como tal, en los mencionados derechos y libertades (convencionales), como por lo demás la Comisión lo ha decidido en varias ocasiones anteriores; (...) en la medida en que X reivindica el derecho mencionado, la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio*”. op. cit., p.78.

instrumentos convencionales o protocolarios celebrados en el seno del Consejo de Europa. En resumen, todas estas circunstancias fragmentan la labor protectora del TEDH y llega a los refugiados o demandantes de asilo de manera parcial e indirecta, pero además en la mayoría de las ocasiones, es ya demasiado tarde.

IV.4. Otros mecanismos tutelares de los derechos humanos del Consejo de Europa, su incidencia sobre el derecho de asilo.

Es importante subrayar la labor del Consejo de Europa respecto del control político, o no jurisdiccional, de los derechos fundamentales en materia de asilo y refugio, que se lleva a cabo a través de diversos mecanismos tutelares, encargados de vigilar los acuerdos asumidos en dicho foro y cuyos resultados en forma de reportes, reclamaciones o informes, inciden directamente en el comportamiento de los Estados miembros.

Por otro lado, dichos mecanismos, algunos en forma de órganos independientes, contribuyen en la incesante construcción de un marco legal regional más garantista y eficaz, a través de la emisión de sus opiniones dotadas de un alto valor pragmático, de las cuales en múltiples ocasiones se ha referido el TEDH y a su vez los Tribunales nacionales de los Estados miembros. En este sentido los mencionados documentos cumplen también una función orientativa, principalmente para los gobiernos de los Estados, en la tarea diaria de aplicar el derecho en materia de asilo.

Hemos de mencionar en este lugar, los trabajos de mayor trascendencia y actualidad que a nuestra materia de análisis incumbe.

IV.4.1. La Comisión de migraciones, Refugiados y Demografía.

La Comisión de Migración, Refugiados y Población (en adelante la Comisión), es creada en 1958 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de

Europa, cuya tarea principal es presentar informes ante la Asamblea Parlamentaria sobre los temas más apremiantes relacionados con la inmigración, el asilo y la población en el contexto del Consejo de Europa, tarea en la que toma en cuenta los informes presentados por el ACNUR y otras Agencias especializadas, tanto del propio Consejo de Europa, como de la Unión Europea⁴⁵⁴. Este comité lleva acabo minuciosos análisis y discusiones de los fenómenos más comunes relacionados con los inmigrantes y refugiados.

En los últimos años ha centrado su atención en el colectivo de los refugiados económicos, que arriesgan sus vidas para llegar por mar desde sus países de origen a países de asilo de las costas europeas, los desplazados internos en los países miembros del Consejo de Europa y más recientemente se ha interesado en los refugiados provenientes del norte de África y aquellos que huyen de los países en conflicto de Oriente Medio. Los estudios realizados, así como los foros de discusión, son publicados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a través de su página web, misma que, entre sus objetivos tiene ocuparse de la inmigración y el refugio como cosa indistinta en su ámbito de competencia⁴⁵⁵.

El control político que ejerce la Comisión entre los Estados contratantes es fundamental, la concienciación y sensibilización de los gobiernos de los Estados miembros es una labor clave a nuestro juicio, dado que en materia de asilo la falta de voluntad política para adoptar textos de carácter vinculante, ha sido el principal obstáculo desde sus orígenes, así como también lo ha sido en otras esferas para el desarrollo del derecho internacional de los refugiados y de la migración humana.

⁴⁵⁴.Comisión de Inmigraciones, Refugiados y Población, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, disponible en: <http://assembly.coe.int>, última visita el 02.08.2011.

⁴⁵⁵.Sinopsis de las mesas de trabajo del Comité de Migración, Refugiados y Demografía, disponibles en: http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/committee/MIG/index_E.htm, acceso el 18.03.2010.

En el 2006, por iniciativa de la Comisión, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptó 13 Recomendaciones⁴⁵⁶ sobre los desplazados internos y los refugiados, en las cuales se hace énfasis en reafirmar los principios rectores del Consejo de Europa, vinculantes y no vinculantes, asumidos por los Estados parte. Lamentablemente, *Corien Jonker*, la presidenta de la Comisión, ha puesto de relieve que la mayoría de los países europeos cuentan con marcos normativos nacionales *ad hoc*, y sin embargo solamente 3 han avanzado considerablemente a la hora de ajustar sus legislaciones a dichos Principios Rectores, tal es el caso de Azerbaiyán, Georgia y Turquía.

Curiosamente, se trata de los países del Consejo de Europa que más problemas tienen de desplazamiento de personas, y a juicio de *Corien Jonker*, son también los países que menos expectativas de retorno tienen para su población desplazada en un futuro próximo a falta de soluciones políticas⁴⁵⁷.

Este ejemplo nos lleva a reflexionar sobre la utilidad política que los Estados ven en la adopción de tratados de derechos humanos, lo que muchas veces supone ciertas consideraciones por parte de organizaciones como el Consejo de Europa o la Unión Europea. Lamentablemente el amplio acervo normativo que en dicho supuesto adquieren los Estados, muchas veces se contrapone con una conflictiva realidad política que extingue en la práctica la debida observancia de sus compromisos sinalagmáticos en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, y en lo que a nuestro estudio importa, en el derecho internacional de los refugiados.

⁴⁵⁶. *Recommendations of the Committee of Ministers to member states*, disponibles en: http://translate.google.es/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=http%3A%2F%2Fwww.coe.int%2Ft%2Fcm%2Fhome_en.asp, última visita el 02.08.2011.

⁴⁵⁷. *JONKER, Corien*, "Protección de los desplazados internos en Europa", en: Diez años de los Principios Rectores, p. 15. JONKER, es la Presidenta de la Comisión sobre Migración, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Disponible en: <http://www.migracionesforzadas.org/pdf/RMFGP10/08.pdf>, última visita el 2.08.2011.

IV.4.2. El Comité contra la Tortura y otras Penas o Tratos Crueles o Degradantes.

No se nos escapa que el Comité contra la Tortura y otras Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante CPT), no tiene como mandato específico prevenir dichos tratos prohibidos en el ámbito del asilo o el refugio, no obstante, su labor es evitar dichas prácticas prohibidas por el artículo 3 del CEDH, dentro de la jurisdicción de los Estados parte del Consejo de Europa a toda persona indiscriminadamente, es decir, tanto en ciudadanos nacionales de los Estados, como en nacionales de terceros países o en su caso, apátridas.

Dicho Comité se compone por expertos inspectores e informadores en la materia, uno por cada Estado signatario, con permanencia de un periodo de cuatro años (cargos susceptibles a reelección en dos ocasiones más). De acuerdo con el Convenio de 1987, entre las facultades investigativas que posee el CPT, a demás de llevar a cabo una supervisión técnica de las instalaciones donde se encuentran personas privadas de su libertad, puede entrevistarse con las autoridades de los Estados, así como con organizaciones no gubernamentales, con las personas detenidas (de manera privada), o bien con cualquier otra persona que pudiera proporcionar algún tipo de información relevante a cerca de las cuestiones que se investiguen, características que otorga al CPT un amplio margen de actuación.

Los Estados miembros tienen la obligación de apoyar la labor del CPT y de facilitar sus funciones, proporcionando toda la información requerida por el CPT (artículos 3 y 8).

Para cumplir su función, el CPT realiza dos tipos de visitas, periódicas y *ad hoc*. Las primeras se realizan de forma programada a todos los Estados miembros del Consejo de Europa y; las segundas, según lo considere pertinente el CPT. Ambas categorías de visitas tienen como finalidad, evaluar

las circunstancias de los sitios donde haya personas privadas de su libertad por autoridades públicas en los Estados miembros (art.2 del CEPT)⁴⁵⁸.

Al final de las visitas el CPT, elabora un Informe circunstanciado sobre los lugares supervisados. Las indagatorias podrán tener un seguimiento, según lo juzgue necesario el CPT, basando su decisión principalmente, en las repuestas que los Estados otorguen sobre las observaciones hechas. Los criterios que emplea el CPT para juzgar las situaciones sujetas a su investigación, guardan una gran similitud con los lineamientos jurisprudenciales que el Tribunal de Estrasburgo ha generado en torno a los tratos prohibidos por el artículo 3 del CEDH⁴⁵⁹.

Como complemento el CPT emite un informe general, donde se describen las actividades llevadas a cabo en el transcurso de un año, lo que en su conjunto conforman dos categorías de documentos conocidos como la “jurisprudencia del CPT”⁴⁶⁰, misma a la que se ha referido el TEDH en múltiples sentencias, como referencia para explicar situaciones determinadas en ciertos casos. Así por ejemplo, se refleja en la Sentencia *Adyn c. Turquía*, de 25 de septiembre de 1997⁴⁶¹; el asunto *Aksoy c. Turquía*, de 28 de diciembre de 1996⁴⁶²; o el asunto *Akkoc c. Turquía* de 10 de octubre de 2000⁴⁶³, relativos a los malos tratos policiales, donde se hace referencia explícita a el CPT.

Entre otros documentos, hay un especial pronunciamiento por parte del TEDH sobre las dos Declaraciones Públicas realizadas por el CPT sobre

⁴⁵⁸.Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (número 126 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987. (<<BOE núm. 159/1989, de 5 de julio de 1989).

⁴⁵⁹.Véase la STEDH, *Amuur c. Francia*, n°19776/92, de 25 de junio de 1996, en relación con el Séptimo Informe General del CPT, referente a las personas privadas de su libertad en el ámbito de extranjería.

⁴⁶⁰.Para profundizar en el tema véase a, RUILOBA ALVARIÑO, Julia, “El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España,” Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 250 y ss.

⁴⁶¹.STEDH, *Adyn c. Turquía*, de 25 de septiembre de 1997.

⁴⁶².STEDH, *Aksoy c. Turquía*, de 28 de diciembre de 1996.

⁴⁶³.STEDH, *Akkoc c. Turquía* de 10 de octubre de 2000.

Turquía, hechas de conformidad con el artículo 10.2 del CPT, que prevé como única forma de sanción la publicidad de sus informes⁴⁶⁴.

Con dicha relación entre el CPT y el TEDH, se cumple con las expectativas de sus creadores, que pensaron en el CPT como un mecanismo <no judicial> para complementar la labor del aparato jurisdiccional ya existente en las materias en que es competente el CPT⁴⁶⁵.

IV.4.2.1. Aspectos sustantivos de la labor del CPT en materia de asilo

Finalmente, en cuanto a los refugiados y solicitantes de asilo, el CPT se ha referido oficialmente a cuestiones sobre extranjería que guardan estrecha relación con estas personas. En efecto, su Séptimo Informe General se interesó por las personas privadas de su libertad en el ámbito de la extranjería (en el año de 1996)⁴⁶⁶; en el Decimotercer Informe, se abordó la situación de la expulsión de los extranjeros por vía aérea (año 2002-2003)⁴⁶⁷; y en el Decimonoveno Informe, se abordó el tema de las garantías de los inmigrantes irregulares privados de su libertad (2008-2009)⁴⁶⁸.

En los informes, el CPT aborda cuestiones de fondo que surgen de las visitas a los lugares de detención, dicho documento pretende dar a conocer a las autoridades de los Estados miembros la postura del CPT frente a las

⁴⁶⁴.ibídem.

⁴⁶⁵. Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (número 126 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987. (<BOE> núm. 159/1989, de 5 de julio de 1989), preámbulo.

⁴⁶⁶.El CPT muestra especial preocupación por la violación de las garantías procesales de los inmigrantes, por las condiciones en que son detenidos, con excesivo uso de la fuerza, así como por la falta de atención médica cuando este es necesaria, lo cual es bastante frecuente. Así lo expone en el Informe General número 7. Vid. *7th General Report on the CPT's Activities (1996)*, disponible en: <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-07.htm>, última visita el 7.07.2011.

⁴⁶⁷.*13th General Report on the CPT's Activities (2002-2003)*, disponible en: <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-13.htm>, última visita el 7.07.2011.

⁴⁶⁸.*19th General Report on the CPT's Activities (2008-2009)*, disponible en: <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-19.pdf>, última visita el 15.07.2011.

prácticas que los Estados llevan a cabo sobre este escenario. En síntesis, estas son algunas de las anomalías denunciadas por el CPT, que más sobresalen de los Informes en mención:

- Las condiciones de las detenciones de extranjeros, las cuales pueden ser arbitrarias, con uso desproporcionado de la fuerza y con excesiva violencia por parte de las autoridades de los Estados miembros.

- Las instalaciones en que los extranjeros son recluidos. Las delegaciones del CPT, que llevan a cabo las visitas, han encontrado a los detenidos inmigrantes o solicitantes de asilo, recluidos en todo tipo de establecimientos, tales como las salas de espera en las entradas de las comisarías de policía, prisiones, correccionales especializados, zonas de tránsito y zonas internacionales de los aeropuertos.

En muchos de estos sitios, nos dice el CPT, que los detenidos se encuentran en situaciones precarias, insalubres y en ocasiones en total asilamiento, sin acceso a patios con luz natural y aire fresco donde ejercitarse, sin acceso a servicios médicos, entre otras restricciones. Una situación que llama poderosamente la atención, es que muchas cárceles se encuentran superpobladas, y los detenidos inmigrantes y potenciales refugiados, comparten celdas con delincuentes de alta peligrosidad, lo cual es considerado indignante⁴⁶⁹.

- El tiempo excesivo en que los inmigrantes, solicitantes de asilo o extranjeros en términos generales son recluidos. Este tiempo es desproporcionado y puede prolongarse en semanas e inclusive meses, lo que se considera por CPT totalmente innecesario.

- El CPT ha recibido informes que revelan, como algunos extranjeros en espera de ser expulsados, han recibido malos tratos. Estas personas han sido

⁴⁶⁹ Cfr. Normas del CPT, Secciones de los Informes Generales del CPT dedicadas a cuestiones de fondo, Consejo de Europa, Rev. 2004, disponible en: <http://www.cpt.coe.int/lang/esp/esp-standards-s.pdf>, última visita el 7 de junio de 2011.

sometidas a tratos prohibidos por el artículo 3 del CEDH y concretamente han recibido palizas, han sido amordazados y atados y, se les ha administrado tranquilizante en contra de su voluntad.

Tales situaciones, se han puesto de relieve por el CPT puesto que suceden de forma sistemática en muchos Estados parte del Consejo de Europa. Se espera que con la publicidad de dichos datos y las intervenciones del CPT tales prácticas tan reprobables se inhiban, y se propicie el debate entre los Estados miembros y los órganos del Consejo de Europa con la finalidad de controlar política y jurídicamente dicha situación.

IV.4.3. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.

Otra Institución que juega un papel importante en cuanto al control político de los derechos humanos en el Consejo de Europa, es la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (el ECRI, por sus siglas en inglés).

El ECRI tiene como objeto principal vigilar en los Estados miembros las cuestiones relacionadas con el racismo, la xenofobia, el anti-semitismo y otras formas de intolerancia (art. 1 de su Estatuto)⁴⁷⁰.

El ECRI funciona como un órgano independiente, y se compone por un representante de cada Estado miembro del Consejo de Europa, que es nombrado por su respectivo gobierno tomando en cuenta como principales factores, su calidad moral, su trayectoria y su experiencia en la materia. Estos deberán dirigir sus funciones con absoluta imparcialidad de sus países de origen y con independencia de ellos, según las disposiciones establecidas en su mandato (art. 3).

El ECRI realiza sus funciones a través de análisis documentales y a través de visitas a los países miembros del Consejo de Europa⁴⁷¹. Sus

⁴⁷⁰.Estatuto de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, Resolución, Res (2002)8, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

investigaciones deberán contar con la colaboración de las autoridades del Estado en cuestión, que deberán conceder entrevistas de forma confidencial.

Posteriormente, el ECRI emite su diagnóstico a través de un Informe que deberá ser publicado, salvo que medie inconformidad del Estado examinado. Se hace alusión en dicho informe, tanto de las deficiencias del sistema de protección de los derechos humanos en los Estados visitados, como de los aciertos en el mismo. Con base en los resultados, el ECRI formula sugerencias y propuestas para solucionar los problemas puntuales encontrados a nivel local y europeo⁴⁷².

Esta fórmula de control permite evaluar los sistemas nacionales en gran parte de su totalidad, lo que abarca entre otras cosas, la incidencia que tienen los instrumentos legales internacionales en el derecho nacional, las disposiciones Constitucionales, las leyes nacionales, así como los órganos del Estado especializados en la lucha contra la discriminación racial y los demás temas relacionados con su mandato.

IV.4.3.1. Aspectos sustantivos de la labor del ECRI en materia de asilo.

Un ejemplo de lo dicho, es el cuarto informe de el ECRI de, 8 de febrero de 2011 sobre España, que tiene una enorme transcendencia para los países miembros de la Unión Europea en materia de asilo y refugio, en el cual se ha realizado un seguimiento sobre el tratamiento que este país ha dado en dicha materia, dando continuidad a anteriores informes de la misma naturaleza.

⁴⁷¹.El enfoque de países de el ECRI trata a todos los Estados miembros del Consejo de Europa en igualdad de condiciones. Esta labor se realiza en ciclos de 5 años, y abarca entre 9 y 10 países por año. Los informes del primer ciclo se concluyeron a finales de 1998, los del segundo ciclo a finales del 2007. La labor sobre los informes del cuarto ciclo empezó en enero de 2008. Vid. *The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI)*, disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_EN.asp?, última visita el 14 de junio de 2011.

⁴⁷².Ídem. Para profundizar en el tema, véase en esa página web, los reportes del ECRI, su Estatuto, actividades, reglamento interno, estructura y modo de operar de forma más detallada.

En primer lugar, en sentido positivo el ECRI ha puesto de relieve las buenas prácticas españolas, consistentes en la actuación del ACNUR de manera formal, a través de la aportación de su opinión en todas las solicitudes de asilo, lo que hace parte a dicha Agencia de los procedimientos de asilo en España. Si bien sus opiniones no son vinculantes, también es verdad que en la mayoría de los Estados parte de la Convención de Ginebra de 1951, estas son bien valoradas y son tomadas en cuenta por las autoridades competentes en la aplicación de la normativa de asilo⁴⁷³.

El segundo lugar, ahora en sentido negativo, el ECRI ha criticado al Gobierno español por la reciente adopción en el año 2009, de una nueva ley reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, dirigida a transponer las Directivas de la Unión Europea en materia de asilo. Estas medidas se prevén en todos los Estados miembros de la Unión Europea como herramientas para aterrizar el derecho comunitario en el nacional y de ahí su enorme relevancia. La importancia y pertinencia de las observaciones del ECRI en este punto, radica en que la nueva ley excluye del derecho a solicitar y recibir este tipo de protección a los ciudadanos de la Unión Europea, en lo que define al asilo en su artículo 2, de la siguiente manera:

*“El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado (...)”*⁴⁷⁴

Esta situación que obedece según el ECRI a una interpretación restrictiva del Protocolo sobre asilo de los nacionales de los Estados miembros

⁴⁷³.Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, Cuarto Informe sobre España, Adoptado el 7 de diciembre de 2010, publicado el 8 de febrero de 2011. Respecto de la intervención del ACNUR, el ECRI señala de forma positiva dicha intervención a manera de opiniones, añade además que “(...) Si bien esas opiniones no son vinculantes, el papel del ACNUR ha pasado a ser parte integral del procedimiento de solicitudes de asilo en España. El ECRI encomia esa medida, que garantiza hasta cierto punto que quienes tiene derecho al estatuto del refugiado u otra protección puedan realmente obtener esa condición jurídica,” párrafo, 182.

⁴⁷⁴.Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria, <BOE>, Núm. 263, 31 de octubre de 2009.

de la Unión Europea de 1997, es considerada en efecto discriminatoria para con los ciudadanos comunitarios, por lo que se exhorta a España a introducir enmiendas en dicha ley⁴⁷⁵.

Quizá la falta de fuerza jurídica vinculante de los informes del ECRI sea lo menos favorable que podemos señalar a su favor. No obstante este tipo de control político desde nuestro punto de vista, ha servido para intervenir en cierta medida las practicas nacionales en cuanto al respeto de los derechos humanos de los extranjeros, especialmente el de las minorías nacionales y puntualmente el de los refugiados y solicitantes de asilo, considerando qué, posiblemente la fuerza de la publicidad de sus informes incida positivamente en el ánimo de los Estados parte a la hora de aplicar el marco legal de índole europeo.

Esta medida puede ser factor a favor en la construcción de unos sistemas nacionales de asilo más justos y uniformes, y por ende más cercanos a los Principios Rectores del Consejo de Europa que desde hace poco más de una década se han venido utilizando por esa propio organización para contrarrestar las decadentes políticas nacionales en materia de asilo e inmigración.

IV.4.4. El Comisario Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

En la diversificación de mecanismos tutelares de los derechos humanos existente en el Consejo de Europa, resulta de gran interés la figura del Comisario Europeo para los derechos humanos, instituida con la Resolución 99/50 del Comité de Ministros⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵.Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, Cuarto Informe sobre España, Adoptado el 7 de diciembre de 2010, publicado el 8 de febrero de 2011, párrafo, 184.

⁴⁷⁶.El Comisario tiene el carácter de político independiente, sin sujeción al Secretario General. La duración del mandato es de seis años sin posibilidad de repetir periodo. El primer Comisario fue el Sr. Álvaro Gil-Robles, de nacionalidad española, quien ocupó el cargo entre el 15 de

Se trata de una institución no judicial cuyo objetivo, entre otros, es promover la educación, sensibilización y concienciación de los Derechos Humanos en los Estados miembros, vigilando que el marco legal del Consejo de Europa, adoptado por las Altas partes contratantes sea debidamente aplicado⁴⁷⁷.

El Comisario no admite quejas individuales, por lo que su modo de actuar es a través de sugerencias hechas por el Comité de Ministros o bien a iniciativa propia. El Comisario es absolutamente independiente y no recibe mandato imperativo alguno, de ningún órgano ni institución del Consejo de Europa, lo que le convierte en una especie de líbero investigador con un amplísimo margen de libertad de actuación. Solamente debe procurar no duplicar actividades de forma innecesaria con otros órganos especializados del Consejo de Europa, sin perjuicio de que en determinados casos, dichos órganos junto con el Comisario puedan colaborar entre sí de diversas formas, principalmente intercambiando información y opiniones⁴⁷⁸.

El Comisario ejerce sus funciones en los Estados a través de visitas, durante las cuales las autoridades deberán respetar su inmunidad de acuerdo con lo establecido por el artículo 40 del Estatuto del Consejo de Europa (referente a los Privilegios e Inmunidades de sus respectivos órganos)⁴⁷⁹. Además, se deberán facilitar sus actividades, lo que normalmente consiste en la supervisión de los sistemas nacionales en su conjunto, es decir, desde la

octubre de 1999, hasta el 31 de marzo del 2006. El actual Comisario Europeo de los Derechos Humanos, es el Sr. *Thomas Hammarberg*, de nacionalidad sueca, quien entro en funciones el 1 de abril del 2006.

⁴⁷⁷.Vid. Resolución 99/50 del Comité de Ministros, artículo 3.

⁴⁷⁸.En fechas recientes, el Protocolo n° 14 al CEDH otorga al Comisario facultades para intervenir en los procesos que se llevan a cabo por las Salas o la Gran Sala del TEDH. Esta situación modifica sensiblemente la naturaleza jurídica del Comisario que en sus inicios fuera tajantemente delimitada por el Comité de Ministros al contexto no jurisdiccional, y deja no pocas dudas respecto de la futura actuación de dicho órgano frente al Tribunal de Estrasburgo, sobre todo en lo referente a los criterios de actuación que el Comisario deberá adoptar para sus intervenciones”.

⁴⁷⁹.Estatuto del Consejo de Europa (número 001) hecho en Londres el 5 de mayo de 1949. <BOE> núm. 51/1978, de 1 de marzo de 1978.

observancia del derecho internacional de los derechos humanos (así como el derecho internacional de los refugiados), pasando por disposiciones constitucionales, leyes generales y reglamentos, así como por los órganos del Estado encargados de aplicar dicho marco legal, y entre otros, naturalmente la normativa de asilo.

Los métodos de investigación más comunes, además de las indagaciones documentales, pueden ser las entrevistas con las autoridades, con las organizaciones no gubernamentales, y con la población civil en general. Se pudiera decir que la figura del Comisario es de naturaleza *sui géneris*, sin perjuicio de que para algunos guarde ciertas semejanzas con el Defensor del Pueblo de la Unión Europea, en el sentido de que ambos órganos trabajan en coordinación con los *Ombudsmen* nacionales⁴⁸⁰.

Las investigaciones del Comisario en los Estados miembros, podrán tener, o no, un seguimiento según se considere oportuno, cuyo resultado se materializa en forma de Recomendaciones, Opiniones e Informes, documentos que como regla general son publicados. Como colofón, el Comisario entrega un informe anual ante el Comité de Ministros y ante la Asamblea Parlamentaria, que sirve principalmente para la reflexión y el debate⁴⁸¹.

IV.4.4.1. Aspectos sustantivos de la labor del Comisario en materia de asilo, en especial las Recomendaciones y los Informes.

El asilo y la inmigración, han recibido una atención especial por parte del Comisario desde sus primeros trabajos, y se pudiera decir, después de más de una década de su existencia, que su intervención puede ser un medio eficaz hasta cierto punto, para el control político o diplomático de los derechos humanos en materia de asilo en el ámbito del Consejo de Europa. En este lugar, pretendemos exponer los principales aspectos de las intervenciones del

⁴⁸⁰.En este sentido, JIMENA QUESADA, Luis, op. cit., p.147.

⁴⁷⁷.Vid. RIPOL CARULLA, op. cit., p. 29.

Comisario a través de las Recomendaciones Generales y de los Informes sobre las supervisiones *in situ* en los Estados miembros, a fin de conocer la realidad práctica que se vive en materia de asilo y otros fenómenos cercanos en el ámbito del Consejo de Europa.

A). Las Recomendaciones Generales.

De esta forma podemos comentar que la primera Recomendación del Comisario con carácter general, es *“relativa a los derechos de los extranjeros que desean entrar al territorio del Consejo de Europa y a la ejecución de las decisiones de expulsión”*, hecha en Estrasburgo el 19 de septiembre de 2001. Dicho documento refleja de forma general las anomalías en materia de asilo e inmigración que hasta la fecha de esa Recomendación se habían identificado a través de las supervisiones *in situ* de los sistemas de derechos humanos de los Estados parte.

En cuanto al primer tema que se aborda en dicha Recomendación, referente a la entrada de los extranjeros y solicitantes de asilo en territorio de los Estados, el Comisario pondera la dignidad humana de la persona, frente a las prácticas de los Estados, tendentes a tratar a los solicitantes de asilo e inmigrantes indocumentados como delincuentes o culpables de fraude.

En cuando al debilitamiento de las garantías procesales concedidas por los Estados, el Comisario subraya el derecho que tienen los solicitantes de asilo a ser informados en lengua que entiendan, de los procedimientos y garantías que comprende su derecho al reconocimiento de la condición de refugiado.

Respecto de las detenciones administrativas o judiciales, puntualiza que la restricción de la libertad de movimiento debe ser concebida como una excepción y no de una regla, así como también, enfatiza el derecho de los

extranjeros de ponerse en contacto con la persona de su preferencia para informar de su situación⁴⁸².

De las condiciones de detención, considera el Comisario que los Estados miembros deben armonizar sus legislaciones referentes a la detención de extranjeros y la duración máxima de dicha medida, que debe ser aplicada solamente cuando no exista otra medida más adecuada y por el tiempo estrictamente necesario. En la Recomendación deja claro, que de ninguna manera debe considerarse que los centros de retención para extranjeros son similares a los centros penitenciarios⁴⁸³.

En cuanto a las medidas de expulsión, el Comisario señala que en dicho proceso, deben evitarse los tratos degradantes y humillantes, y señala una lista exhaustiva de las reprobables prácticas que llevan a cabo las autoridades de los Estados en la ejecución de las expulsiones, tales como el maltrato psicológico y el maltrato físico (los amordazamientos, o suministros de tranquilizantes sin prescripción médica), entre otros malos tratos que en su momento también han denunciado tanto el CPT, como el ECRI⁴⁸⁴.

⁴⁸². Recomendación del Comisario para los derechos humanos, CommDH (2001)19, "relativa a los derechos de los extranjeros que desean entrar en el territorio de los estados miembros del consejo de Europa y a la ejecución de las decisiones de expulsión", Estrasburgo 19 de septiembre de 2001.

"I. Derechos de los extranjeros al presentarse en la frontera de un Estado miembro.

1. Todo aquel que se presente en la frontera de un Estado miembro tendrá derecho a ser tratado con respeto a su dignidad humana, en lugar de ser considerado automáticamente delincuente o culpable de fraude.

2. Desde su llegada, todo aquel cuya entrada se cuestione, deberá hacerse entender, si es necesario con la asistencia de un intérprete pagado por el Estado de llegada, al objeto de que pueda, en su caso, formular una solicitud de asilo. Esto supondrá para el retenido el derecho de llenar un formulario tras haber recibido informaciones oportunas sobre el procedimiento que debe seguirse en un idioma de su comprensión. A partir de entonces, toda devolución en la puerta del avión se considerará inadmisibile.

3. Toda restricción a la libertad de movimiento deberá seguir constituyendo una excepción. Donde sea posible, la privación de libertad deberá sustituirse por otras medidas de vigilancia, como la provisión de garantías o de fianza, o medidas similares. En los casos en que la retención es el único medio de asegurar la presencia física de un extranjero, no deberá efectuarse sistemáticamente en una comisaría de policía o en una prisión, con la salvedad de imposibilidad material. Del mismo modo, la retención no deberá superar la duración estrictamente necesaria para organizar la transferencia del detenido a un centro especializado.

4. Deberá concederse a los extranjeros detenidos el derecho de ponerse en contacto con las personas de su elección para informarle de su situación."

⁴⁸³. Ibídem, apartado II.

⁴⁸⁴. Ibídem, apartado III.

Como sabemos, la Recomendación carece de fuerza jurídica vinculante, y en todo caso, la utilidad de dicho documento se ve reflejada como un medio informativo de las diversas realidades de los países miembros en cuanto al respeto de los derechos humanos, pero también como un medio orientativo tanto para los demás órganos de control del Consejo de Europa en sus funciones, como para los gobiernos de los Estados miembros en la ejecución de políticas y medidas en sus respectivos territorios.

B). Los Informes del Comisario sobre las visitas de los Estados, en especial respecto de: 1). Sobre la entrada y las detenciones de los solicitantes; y b).Procedimientos acelerados y expulsiones

La coercitividad moral o sanción social que pudiera tener la intervención del Comisario, recae con toda su fuerza en los Informes sobre los Estados parte, puesto que en dicho documentos el Estado en cuestión es evaluado y calificado de manera pública (salvo en casos excepcionales), poniendo de manifiesto datos con un alto grado de precisión y fiabilidad sobre las políticas y medidas empleadas en el control de los derechos humanos en general y, puntualmente en materia de asilo e inmigración.

Dicha dinámica nos parece aún más interesante, si consideramos la oportunidad que tienen los Estados de replicar o contestar a las observaciones hechas por el Comisario (información publicada como anexo en el mismo Informe), lo que permite formarse un criterio más objetivo de las circunstancias plasmadas en el mencionado documento, de las cuales nos interesa destacar los siguientes puntos:

a). Sobre la entrada y las detenciones de los solicitantes.

El fenómeno creciente de la inmigración económica o irregular, se ha vuelto un tema de permanente debate por parte de los Estados miembros del

Consejo de Europa desde hace ya varios años. Muchas de las medidas adoptadas por los Estados miembros para combatir dicho fenómeno, no son consideradas las más adecuadas por el Comisario, entre las cuales destacan las detenciones administrativas de los inmigrantes irregulares y de los solicitantes de asilo por largos e innecesarios periodos de tiempo, prácticas desafortunadamente frecuentes.

Pero aún más desafortunada, nos parece la tendencia que existe entre los Estados miembros de tipificar penalmente la entrada sin autorización de estos colectivos en sus territorios, puesto que no creemos que huir de la miseria o huir por los motivos que establece la de definición del refugiado del Convenio de Ginebra de 1951, o bien por cualquier otra razón que ponga en riesgo la seguridad personal o la vida, sea ningún delito, sino más bien un acto reflejo de supervivencia intrínseco de cualquier ser humano⁴⁸⁵.

Se pudiera decir que el caso del Reino Unido es representativo de lo que sucede en gran parte de los países supervisados por el Comisario, en el cual las solicitudes de asilo aumentaron considerablemente en la última década, pasando de un mínimo de 29.640 en 1996 a un máximo de 84.130 en 2002, lo que lo convierte en el país del Consejo de Europa y de la Unión Europea, que más solicitudes de asilo recibió durante ese periodo.

En el Informe sobre el Reino Unido de noviembre de 2004, el Comisario señalaba que las detenciones constituían el núcleo de las recientes reformas llevadas a cabo por el gobierno británico para combatir la inmigración irregular, las cuales muchas veces se realizaban de formas arbitrarias. Entre otras medidas del Gobierno, destacaba el debilitamiento de ciertas garantías procesales en materia de asilo e inmigración, y una sensible disminución de la asistencia social, lo que posiblemente también contribuyó a reducir el número

⁴⁸⁵.Vid. ACNUR, noticias, “Cerca de dos millones de personas están en peligro de muerte en el Cuerno de África, el ACNUR ha dado una llamada de auxilio a la comunidad internacional para que se preste asistencia humanitaria en esta región, que está sufriendo la mayor sequía que se recuerde desde los años 50...”, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/cuerno-de-africa-oim-advierte-creciente-trata-de-persaonas/?L=gulnlxwoshxdx>, última visita el 6.07.2011.

de solicitudes de asilo en Reino Unido en un estimado del 30 y 40 por ciento en relación al año anterior de la aplicación de dichas medidas⁴⁸⁶.

El Comisario señalaba que la legislación vigente del Reino Unido, no contaba con criterios sostenibles en un instrumento jurídico para llevar a cabo las detenciones, dado que la autoridad administrativa únicamente contaba con un Manual sobre inmigración y operación policial, el cual por una parte marcaba el carácter excepcional de las detenciones de solicitantes de asilo y requería que el detenido fuese informado de las causas de su detención y de su derecho a salir bajo fianza, pero por otra sin embargo, dejaba los criterios para aplicar serias restricciones a la libertad circulatoria de los extranjeros a plena discreción de los funcionarios de inmigración.

Sobre las supervisiones de los centros de reclusión del Reino Unido, el Comisario señalaba que había muchas personas detenidas en espera de una

⁴⁸⁶.Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, sobre su visita al Reino Unido, 4-12 de noviembre de 2004, cap. III: "IMMIGRATION AND ASYLUM:

36. *Immigration and asylum have become much-debated issues across Europe over the last decade and the United Kingdom is certainly no exception. Indeed, it has faced much the same challenges as elsewhere – increased migratory pressure on the one hand and, on the other, rising social tensions owing to the failure to effectively integrate existing immigrant communities. This report is not the place to analyse the causes of either of these phenomena, nor, harder still, to propose realistic solutions. What is clear, however, is that their coincidence has resulted in a public opinion that has, in the United Kingdom as elsewhere, become increasingly concerned by the prospect of an uncontrolled influx of foreigners. There are, certainly, legitimate concerns about the ability of the state to effectively regulate the flow of foreigners into the country, which no responsible government can afford to ignore. At the same time, however, attitudes openly to hostile towards foreigners and foreign cultures are being expressed with increasing insistence and have even slipped, throughout Europe, into mainstream political discourse. It seems to me that these views can only be pandered to with the greatest dangers for Europe's long-term social stability.*

37. *The distinction between legitimate concern and alarmism is especially important in respect of asylum. The visible tip of the migratory iceberg, asylum has inevitably attracted particular attention. Here again, the United Kingdom has followed a similar pattern to elsewhere in Europe with a sharp rise in asylum applications from the late 1990s onwards provoking a raft of restrictive measures. Asylum applications in the United Kingdom rose over the last decade from a low of 29,640 in 1996 to a high of 84,130 in 2002, in which year the United Kingdom received the largest number of applications of any EU country. Whilst difficulties in accessing the UK regularly have unquestionably resulted in a greater burden being placed on the asylum system, it is important to note that much of this rise is attributable to deteriorating political circumstances elsewhere in the world, initially in the former Yugoslavia and Sri Lanka and more recently in Afghanistan, Iraq and Zimbabwe. The 'bogus asylum seeker' certainly exists, but is my no means the ubiquitous bogeyman he is frequently made out to be by large sections of the national press. The 41% decline in asylum applications in 2003 on the previous year in turn owes much to improved circumstances elsewhere in the world".*

resolución sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, entre los cuales existían casos de solicitantes de asilo que tenían demasiado tiempo privados de su libertad. En total había 1.514 solicitantes de asilo detenidos el 27 de diciembre de 2004, 55 habían sido detenidos durante 4 y 6 meses, 90 detenidos entre 6 meses y un año, y 55 más por periodos superiores a un año.

Cabe decir que muchos de ellos no habían tenido la oportunidad de que una autoridad judicial revisara su situación, también en muchos casos ignoraban su derecho a salir libres bajo fianza. Sobre estos temas, el Comisario recomendó al Reino Unido las siguientes acciones:

1.- Que las detenciones se mantuvieran dentro de la legalidad que exigía el artículo 5 del CEDH (comentado ampliamente en un anterior apartado); 2) que se realizaran revisiones judiciales automáticas a los casos de detenidos que tenían en esa situación más de tres meses; 3) que se fortalecieran las garantías procesales y ampliaran los términos del procedimiento de asilo; y 4) que se mejorara la asistencia jurídica para los solicitantes de asilo.

El Gobierno del Reino Unido tuvo la oportunidad de contestar a las observaciones del Comisario⁴⁸⁷, en lo que nos da la impresión, de que lejos de

⁴⁸⁷.Vid. Anexo al Informe del Comisario, Comentarios del Gobierno del Reino Unido. Los siguientes comentarios fueron presentados por el Gobierno del Reino Unido cuando el Informe fue presentado ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 8 de junio de 2005,

“IMMIGRATION AND ASYLUM

Paragraph 37

The numbers quoted for asylum applications in the United Kingdom should be 29,640 in 1996 to a high of 84,130 in 2002. This rise was not unique to UK, but an EU-wide phenomenon, reflecting events in source countries. The reference to a 10 year low in 1996 is unclear. 1996 was lowest in years 1995-2004 (i.e. lowest in the last decade). 1996 was not a ten year low in the sense of, at the time, being the lowest for 10 years eg 1993 was lower at 22,370

There is no evidence to support the assertion that there has been increasing difficulties in accessing the UK or that this would lead to an increase in asylum applications.

It is an unsupported assumption that the 41% decline in asylum applications in 2003 on the previous year in turn owes as much to improved circumstances elsewhere in the world as it does to recent reforms of the asylum system. The fact that the UK had a much greater fall than rest of EU15 in 2003 and 2004 suggests that the assumption is incorrect.

It is misleading to describe asylum as the visible tip of the migratory iceberg. This implies vast hidden numbers of migrants and in any case the UK produces immigration statistics clearly showing other types of migration.

The detention of asylum seekers

Paragraph 42

reconocer sus fallas en el sistema, lo justifica con base en las tendencias marcadas por los países miembros de la Unión Europea.

En lo referente a la disminución de las solicitudes de asilo en el periodo señalado por el Comisario, el Gobierno británico reconoce como ciertos los datos publicados en el Informe, no obstante argumenta que ese mismo fenómeno se presentó en otros países de la Unión Europea y que en gran medida se debía a las condiciones cambiantes de los países de origen de los solicitantes de asilo, las cuales habían mejorado sensiblemente. El Reino Unido consideró por tanto, que no había suficiente evidencia que sustentara las afirmaciones del Comisario.

Respecto de las medidas de detención, el Reino Unido precisó que es falso que las “severas restricciones a la libertad de los particulares”, (así

Latest statistics show that at 26 March 2005 there were 1,625 people detained who were recorded as having sought asylum at some stage.

Paragraph 44

It is incorrect to say in the last sentence that it remains the case that the authorisation of severe restrictions on the liberty of individuals is left to the discretion of immigration officers. Authorisation of detention must be given at Chief Immigration Officer level which is a senior grade to an Immigration Officer.

Paragraph 46

The report notes that the decision to detain is taken administratively but that this decision can be appealed to a special immigration appellate authority. We believe that this is a reference to the right to apply to an immigration appellate Adjudicator for release on bail. If so, it does not constitute an appeal against the original decision to detain but rather provides for an Adjudicator to decide whether the detained person may safely be released on bail.

It should be noted that continued detention is subject to internal administrative review at increasingly senior levels within the Immigration Service.

The report accepts that the current system, providing the possibility of applying for release on bail meets the criteria laid down by article 5 of the Convention. It should also be noted that the lawfulness of detention can be challenged through judicial review or an application made for a writ of habeas corpus.

Paragraph 47

In line with paragraph 46, paragraph 47 misunderstands the purpose of a bail application and presents it as far more complex than it is in practice. The bail applicant merely has to satisfy an Adjudicator that he will answer to his bail if granted, have an address to which he may be bailed and, if required, provide sureties. The difficulties described by the Commissioner are those that might be expected to be encountered in a judicial review or habeas corpus application made to the Courts.

Paragraph 49

The Commissioner is unsure as to whether detainees are informed of the outcome of detention reviews. We can confirm that the outcome of the monthly review of detention is communicated in writing to the detainee.

Conditions of detention

Paragraph 52

The report states that failed asylum seekers have committed no crime and that their only fault has been to aspire to a better life. However, they will in fact have been refused leave to enter the UK and may have also breached immigration rules.”

calificadas por el Comisario), se dejasen a cargo de los oficiales de inmigración, ya que estas solamente son autorizadas por los Directores de inmigración, lo cual es un cargo superior al oficial, pero además aclaró que estas decisiones son susceptibles de apelación judicial.

En lo referente a la ausencia de supervisiones judiciales de los casos de detenidos por largos periodos de tiempo, el Reino Unido indicó que sí existen tales supervisiones en periodos determinados por el Servicio de Inmigración.

En términos generales, el Gobierno británico consideró que su sistema nacional es de conformidad con el artículo 5 del CEDH, y señala además que la legalidad de las detenciones es susceptible de impugnación a través de un recurso de *habeas corpus*.

Finalmente en esa dinámica establecida, el Comisario mantiene que “*los solicitantes de asilo no han cometido ningún delito y su única falta ha sido la de aspirar a una vida mejor (...)*”. En este tema el gobierno británico, a nuestro juicio muestra cierto grado de indiferencia hacia los problemas que presentan las sociedades de los países menos favorecidos y sus ciudadanos, en lo que opina que a dichos colectivos, “*de hecho, se les ha negado el permiso para entrar en el Reino Unido y pueden haber violado leyes migratorias*”⁴⁸⁸, con lo que parece justificar las medidas empleadas.

El caso Italiano por otro lado, presenta características similares al británico. Italia es un país de enorme trascendencia debido a su condición geográfica, que representa una de las entradas más importantes a la Unión Europea para los refugiados y personas que huyen principalmente de los conflictos de Oriente Medio y de la miseria africana.

Como hemos comentado en otro apartado, la posición italiana ante la inmigración irregular y el derecho de asilo ha sido severamente criticada por la comunidad internacional, debido a que sus prácticas (entre otras), de

⁴⁸⁸.Ibídem.

intervención de pateras o barcas en el mar provenientes de países en conflicto, y principalmente de Libia, son contrarias al principio del *non refoulement*, pero además, son una clara demostración de la falta de solidaridad internacional y humanismo por parte de ese país, mismo que cuenta con una historia no muy lejana de emigración y exilio, y del que se esperaría más sensibilidad y comprensión en materia de asilo y inmigración⁴⁸⁹.

Esta situación lleva ya varios años, el Comisario en su Informe sobre Italia, de junio de 2005, señalaba que la llegada de extranjeros por mar era abrumadora. En el 2004, 12.000 extranjeros llegaron por barco a ese país, de los cuales se entiende que 11.194 personas fueron rescatadas en 171 operaciones. Para el 30 de septiembre del 2005, 11.194 personas habían sido rescatadas en 141 operaciones. En el 2004, las autoridades italianas recibieron 9.722 solicitudes de asilo, de las cuales 8.701 fueron resueltas antes de que terminara ese año⁴⁹⁰.

Por otro lado, el aumento de las detenciones en Italia es preocupante, este escenario ya se vislumbraba en el Informe del Comisario, con reflejos como la Ley N° 189/2002 que permitía las detenciones administrativas en

⁴⁸⁹.Vid. Amnistía Internacional, Informe sobre Italia 2010.

INTERNATIONAL OBLIGATIONS TO REFUGEES AND MIGRANTS

"The Italian and Maltese governments disagreed over their obligations to carry out rescue operations at sea, leaving migrants stranded for days without water and food and posing a serious risk to their lives.

The Italian authorities took the unprecedented decision to transfer migrants and asylum-seekers rescued at sea to Tripoli, Libya, without assessing their need for refuge and international protection. Libya is not a signatory to the 1951 Geneva Refugee Convention and does not have a functioning asylum procedure in place, which limits the possibility of receiving international protection in the country. According to Italian government figures, between May and September 834 people intercepted or rescued at sea were taken to Libya, violating the principle of non-refoulement (prohibition on returning an individual to a country where they would risk serious human rights abuses).

On 6 May, three vessels with an estimated 227 people on board sent out a distress call while passing about 50 miles south of Lampedusa. The rescue operation was delayed by a dispute between Malta and Italy over who had responsibility for the boats. Eventually, the people were rescued by two Italian coastguard vessels. The coastguard took them to Tripoli, Libya, without stopping in an Italian port to assess their need for refuge and international protection".

⁴⁹⁰.Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, sobre su visita a Italia del 10 al 17 de junio del 2005.

centros de identificación, a los solicitantes de asilo que entraran sin autorización al territorio o evadieran los controles fronterizos⁴⁹¹.

Recientemente en el año 2009, dentro de las medidas tomadas en la llamada <lucha contra la inmigración irregular> emprendida por Italia (y la mayoría de los países comunitarios), el parlamento Italiano, a iniciativa del gobierno de Silvio Berlusconi, convirtió en delito la entrada de extranjeros al territorio italiano sin previa autorización, fijando penas de prisión también para los ciudadanos italianos que albergaran inmigrantes irregulares en suelo italiano⁴⁹².

b). Procedimientos acelerados y expulsiones

Los procedimientos por los que deben pasar los solicitantes de asilo, en los Estados analizados a través de los Informes del Comisario son muy variados; sobre todo en cuanto a las garantías procesales, medidas de internamiento o detención, en asistencia legal o el simple acceso a la información. Para referirnos a un ejemplo representativo debemos volver al caso italiano.

El derecho de asilo está garantizado por la Constitución italiana en su artículo 10⁴⁹³, sin embargo tan privilegiada posición de la institución del asilo, no garantiza una mejor observancia de tipo legal en Italia, puesto que no

⁴⁹¹.Ibidem.

⁴⁹².Vid. Diario El País, "Italia penaliza la inmigración irregular", 17 de junio de 2009, disponible en:http://www.elpais.com/articulo/internacional/Italia/penaliza/inmigracion/irregular/elpepiint/20090517elpepiint_5/Tes, última visita el 25.07.2011.

⁴⁹³.La Costituzione della Repubblica Italiana de 1947, art. 10:

"L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l'extradizione dello straniero per reati politici".

cuenta con una legislación especial en esta materia. Así como el Comisario, otros organismos como Amnistía Internacional (en su Informe Anual 2007)⁴⁹⁴, han puesto de manifiesto que a pesar de que Italia se adhiere a la Convención de Ginebra de 1951, la Ley *Bossi- Fini* que modificó la legislación anterior en materia de inmigración, no puede ser considerada como una Ley específica y completa sobre el derecho de asilo, puesto que solo regula cuestiones puntuales como, el establecimiento de centros de detención para la identificación de solicitantes de asilo, y un procedimiento abreviado para la determinación del derecho de los solicitantes de asilo detenidos. Por tanto, el asilo en el resto de sus vertiente se encuentra regulado con apoyo de otras Leyes y Decretos, situación que puede confundir y obscurecer su funcionamiento.

En el marco legal italiano, encontramos que el procedimiento de asilo tiene dos variantes, el procedimiento “estándar” y el “simplificado”: El primero, solo se aplica a los extranjeros que entran de forma legal al País, y debe ser completado dentro de los 35 días siguientes; mientras que el segundo, se aplica a los extranjeros que entran de manera irregular, o ilegal, contiene plazos más cortos y los solicitantes quedan privados de su libertad automáticamente en prisiones preventivas.

Las decisiones negativas pueden ser apeladas ante una instancia (un solo juez) superior dentro de los 15 días siguientes, sin embargo, el recurso no tiene efectos suspensivos frente a las órdenes de expulsión. Por separado, un Decreto Ley contempla algunas circunstancias especiales que producen dicho efecto suspensivo, y que garantiza la permanencia del solicitante de asilo en el País hasta el fin de la apelación, no obstante solamente se aplica en circunstancias que signifiquen una “situaciones de riesgo para los solicitantes en su País de origen”, situación que deben determinar los funcionarios

⁴⁹⁴.Amnistía Internacional, Informe sobre Italia 2007. En dicho Informe se señala que “Italia seguía careciendo de una ley específica e integral sobre asilo y continuaba aplicando la ley *Bossi-Fini* sobre migración, que incluía disposiciones contrarias al derecho y las normas internacionales de derechos humanos”, párrafo 3 y 4.

administrativos, a nuestro juicio con poco conocimiento real de los que acontece en esos países de origen .

Al respecto, el Comisario ha señalado que debido a lo extenso de los procedimientos, es muy difícil para los repatriados acceder a la apelación de una solicitud de asilo a través de las vías diplomáticas Italianas, tal y como sucede con otros países europeos.

El Informe sobre Finlandia presenta características similares al italiano, el problema principal en ese país lo representan los procedimientos de carácter acelerado, de los cuales cuatro de cada cinco tienen esa categoría, y no garantizan un recurso con efecto suspensivo⁴⁹⁵. Esta situación dificulta la apelación del solicitante ante un Tribunal superior, ya que la decisión de expulsión susceptible de impugnación, normalmente es ejecutada antes de que el recurrente pueda llevar a cabo cualquier acción, es decir, que el solicitante cuenta con 30 días para realizar la apelación, pero la ejecución de la decisión de expulsión, una vez rechazada la solicitud de asilo se realiza en un periodo de 8 días, por tanto todo lo que pueda hacer el solicitante tendrá que ser desde el extranjero. Además, en la legislación finlandesa no está muy clara la noción del concepto de “País de origen seguro” a efectos de las expulsiones, por lo que la seguridad del expulsado en el país de destino no se encuentra del todo garantizada.

Otros ejemplos como el Informe sobre Dinamarca⁴⁹⁶, reflejan datos similares a los anteriores, pero destaca especialmente el breve plazo de 15 días para que los solicitantes de asilo con resolución negativa, puedan abandonar el País y en ocasiones inclusive, pueden ser expulsados en el momento mismo de la resolución. Lo grave es que Dinamarca ha eliminado (como el caso español y otros tantos de la Unión Europea), la posibilidad de pedir asilo en las misiones diplomáticas danesas en el extranjero, lo que

⁴⁹⁵.Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, sobre su visita a Finlandia, del 4 al 7 de junio de 2001.

⁴⁹⁶.Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, sobre su visita a Dinamarca, del 13 al 16 de abril del 2004.

supone en términos prácticos, un manera maquillada de violentar el derecho humano de buscar el asilo⁴⁹⁷.

En el Informe sobre Suecia, las ONG's mostraron preocupación al referirse a las detenciones y devoluciones de los inmigrantes, dado que cada vez era más común ésta circunstancia sin observar como es debido el artículo 3 del CEDH, (que implica la prohibición absoluta de devolución a un país donde se corra peligro de recibir tortura o malos tratos⁴⁹⁸.

Nos hemos referido ya al caso de dos ciudadanos egipcios, que fueron devueltos por Suecia a su país de origen por presuntos delitos vinculados con el terrorismo, por considerar el gobierno sueco, con base en la resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 1373 (que establece que los Estados no deben conceder asilo a terroristas), que estas personas no debían obtener el asilo.

Debemos recordar en este punto, los alcances de la protección que concede el artículo 3 del CEDH, tal y como hemos comentado anteriormente, son de vigencia inderogable, incluso en circunstancias de seguridad nacional, lo que va más allá de la protección concedida por el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 de las Naciones Unidas, que a su vez garantiza el *non refoulement*, pero en estas circunstancias es más limitado. Por lo tanto, es innegable que Suecia incumple con sus compromisos hacia dicho artículo 3 del CEDH.

Evidentemente el procedimiento Italiano, el sistema británico de asilo, y los demás sistemas que hemos comentado someramente, no son de conformidad integral con el *non refoulement* contenido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 según los criterios del ACNUR, situación

⁴⁹⁷.Para ver otras graves restricciones al derecho de asilo y a la inmigración irregular en Dinamarca, véase el Informe citado.

⁴⁹⁸.Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, sobre su visita a Suecia, del 21 al 23 de abril del 2004.

denunciada también por Amnistía Internacional⁴⁹⁹. En cuanto al sistema del Consejo de Europa, por lo que hemos visto en los Informes del Comisario sobre otros países, se ha dicho en este foro en repetidas ocasiones que de las decisiones de expulsión de los Estados y del acceso en los mismos a la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado, dependen vidas humanas, y de ahí la inderogable necesidad del respeto al compromiso derivado del artículo 3 del CEDH, que prohíbe las expulsiones o devoluciones en determinadas situaciones de riesgo.

En términos generales y a manera de conclusión, hemos de decir que de los Informes del Comisario en la mayoría de los Estados, se pueden identificar una serie de patologías comunes tales como, los malos tratos consistentes en aislamiento, amordazamiento, suministros de fármacos de forma forzada y otros tratos contrarios al artículo 3 del CEDH, que además coinciden con los resultados de los informes de la ECRI y del CPT. En otro bloque patológico, destacan las detenciones arbitrarias, por largos e innecesarios periodos de tiempo, con escasa asistencia jurídica y un cuestionable acceso a los tribunales nacionales, que ponen en duda el respeto de la legalidad y proporcionalidad de las medidas que exige el artículo 5 del CEDH.

Sin duda alguna, los Estados tienen el derecho y la obligación de controlar la entrada de extranjeros en sus territorios, sea por razón de la seguridad nacional e inclusive para preservar el estado de bienestar alcanzado por sus nacionales, en una época marcada por la lucha que sostienen los Estados industrializados en contra del terrorismo internacional y de la inmigración económica irregular fruto de la miseria en el mundo. Sin embargo, dichas prerrogativas tradicionalmente de los Estados nacionales, en el contexto del siglo XXI encuentran sus límites en sus obligaciones sinalagmáticas

⁴⁹⁹.Vid. Amnistía Internacional, Informe sobre Italia 2010:

“Unlawful forced evictions of Roma communities continued throughout the year. Efforts by the authorities to control migration jeopardized the rights of migrants and asylum-seekers. Italy continued to deport people to places where they were at risk of human rights abuses. US and Italian agents were convicted for their part in the US-led programme of renditions (unlawful transfers of terrorist suspects between countries). Deaths in custody were reported and allegations of torture and other ill-treatment by law enforcement officials continued to be made”.

derivadas del derecho internacional de los derechos humanos y especialmente del derecho internacional de los refugiados.

Deben recordar los Estados, particularmente los europeos, que alcázar el estado de bienestar que hoy disfrutan, ha sido posible en muchos casos gracias a la adopción de Tratados Internacionales en materia de derechos humanos, cuando estos significaron su billete de entrada al Consejo de Europa, o bien a la Unión Europea⁵⁰⁰. Foros que suponían el alcance de cierto nivel de desarrollo democrático, económico y social. Por lo que resultan incoherentes y hasta cierto punto, fraudulentas, las políticas y medidas restrictivas por parte de los Estados, que ponen en tela de juicio sus obligaciones internacionales en las materias analizadas. Aún, cuando el sistema de las Directivas de la Unión Europea, en recientes fechas parezca permisivo en el recorte de derechos en materia de inmigración y asilo, tema al que abordaremos enseguida.

⁵⁰⁰. Para ser candidato y posteriormente adherirse a la Unión Europea, es requisito ineludible el respeto pleno de la democracia y de los derechos humanos, lo que implica a su vez, la adhesión al CEDH y su observancia. Así lo disponen los numerosos Tratados de la Unión, en sentido idéntico que lo contempla el TUE en el artículo 49, en referencia al artículo 6 del mismo TUE.

CAPÍTULO V.

V. El ejercicio del derecho de asilo en el ámbito de la Unión Europea.

El nacimiento de la Comunidad Económica Europea, tiene su origen en un Tratado comercial sobre el acero y el carbón, sin embargo, también tiene trasfondo pacifista y humanitario que va más allá de su naturaleza comercial o económica, cuyos principales objetivos eran renovar las relaciones bilaterales entre Francia y Alemania, con la esperanza de dejar en el olvido lo antes posible las atrocidades ocasionadas por la Segunda Guerra Mundial.

Robert Schumann, en su declaración de 9 de mayo de 1950 (inspirado por *Jean Monnet*), mostraba una gran preocupación por el futuro de la industria del acero y el carbón en Europa, (de la que dependían los países más industrializados), la cual, de convenirse de forma adecuada, iba a suponer el antídoto para futuras tensiones que pudieran poner en riesgo nuevamente la paz. Así, dicha industria debía estar sujeta a un Tratado internacional que regulase las relaciones comerciales, pero sin olvidar por un lado, la dignidad humana de los trabajadores y sus derechos fundamentales; y por otro, la enorme deuda que tienen los Estados europeos para con el Continente Africano respecto de su desarrollo económico y social. Esto *Schumann* lo define como una de las “tareas esenciales de la futura organización”⁵⁰¹.

Los citados antecedentes nos permiten apreciar, que sin perjuicio de la vocación comercial de las antiguas CEE, dicha organización deja asentados ciertos valores y principios fundacionales, que sus creadores pensaron indispensables para el desarrollo pleno de una unión europea libre y democrática, lo que de forma obligada les llevaría a construir en paralelo un sistema de protección para los derechos fundamentales, que como se sabe, comenzó de forma temerosa y modesta, pero en un futuro el respeto a la

⁵⁰¹.Vid. La Declaración de Robert Schumann, Ministro francés de Asuntos Exteriores en el año 1950, disponible en: http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_es.htm, última visita el 4 de agosto de 2011.

democracia y a los derechos humanos iba a constituirse como requisito *sine qua non* para los Estados que quisieran adherirse al proyecto común de construcción europea.

Efectivamente, los Tratados constitutivos (en aquel entonces, el Tratado de la Comunidad Económica Europea-TCEE) en 1957, apenas recogían cuatro libertades comunitarias eminentemente económicas: la libre circulación de mercancías; la libre circulación de personas; la libre prestación de servicios y de capitales⁵⁰². De esta forma, se asume el respeto de ciertos derechos fundamentales como: al no ser discriminado por la nacionalidad (artículo 7 TCEE) o por el sexo (artículo 119), derechos laborales como al trabajo y la seguridad social (artículo 118 TCEE), entre otros⁵⁰³.

La ahora Unión Europea, entiende que es necesario regular el derecho de asilo dentro de la Comunidad de Estados miembros, hace relativamente poco tiempo. El desarrollo normativo sobre el asilo ha ido a la par de la propia evolución del llamado <proceso de integración política europea>. Quizá los antecedentes más significativos, con los que se consiguió reglamentar aspectos puntuales sobre este tema, datan del 25 de septiembre de 1958, con el Reglamento nº 3 para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, del Comité de Ministros de la antigua Comunidad Económica Europea (en adelante CEE). Con lo cual únicamente se regulaba el aspecto laboral de los refugiados ya establecidos como trabajadores en alguno de los Estados miembros (en su artículo 4).

Además ya se reconocía dicho Reglamento que “el término de <refugiado> tiene el significado que se le atribuye en el artículo 1 del Convenio relativo al Estatuto de los Refugiados firmado en Ginebra el 28 de julio de 1951⁵⁰⁴. Dicha Normativa fue adoptada nuevamente en similares términos con

⁵⁰².Vid. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Tratado CEE, firmado en Roma en 1957.

⁵⁰³.Ibídem.

el Reglamento 1408/71 el 14 de junio de 1971 en el Consejo de la CEE con relación al régimen de la seguridad social de los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplazan en el interior de la CEE.

Más tarde, apenas hubo alguna referencia incidental a los refugiados dentro del marco más amplio de la libertad de circulación de trabajadores en el mercado común. Dos factores fueron posteriormente los desencadenantes del interés comunitario por el tema⁵⁰⁵, a saber: el lanzamiento, con el Acta Única Europea (AUE) (1987), de la idea de un espacio sin fronteras interiores donde las personas gozaran de libertad de circulación y; en segundo lugar, el Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht en 1991. Con tales gestos, al menos teóricamente, la reseñada comunidad de países empezaba a perfilarse como una organización de valores humanos, que iba más allá de su naturaleza jurídica marcadamente económica y comercial.

V.1. El derecho de asilo desde los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea hasta el Acta Única Europea, 1957-1987.

Los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, no cuentan con disposición alguna referente al asilo o al refugio, lo que se atribuye en gran medida a la naturaleza comercial y económica de las relaciones contractuales de origen. Además, el régimen jurídico comunitario que se estableció respecto de la libre circulación de trabajadores, el derecho de establecimiento o la libre prestación de servicios, no es de aplicación a los refugiados. Dicha exclusión, se estableció en contra del parecer de la Comisión, del Parlamento Europeo (por entonces Asamblea) y del Comité Económico y Social, instituciones que abogaban por asimilar, en materia de libre circulación de trabajadores, a los refugiados junto con los nacionales de los Estados miembros. Esta posición iba

⁵⁰⁴.Vid. MUNOZ AUNIÓN, Antonio, op. cit., p.68 y 69.

⁵⁰⁵.Ibídem, pp. 36 y ss.

a definir a dichas instituciones frente a las políticas de carácter intergubernamental (al margen de la CEE) asumidas por los Estados parte.

Así, los Altos miembros aprobaron, en el seno del Consejo de Ministros de las Comunidades Europeas, una declaración⁵⁰⁶ (desprovista por tanto de fuerza jurídica vinculante) en la que estipularon que, en lo referente a la entrada y acceso a la actividad asalariada en la Comunidad, los refugiados deberán recibir, por parte de los Estados, “un trato tan favorable como sea posible”. El rechazo hacia la adopción de un Convenio vinculante en materia de asilo, se atribuye al temor de los Estados miembros ocasionado por la incertidumbre respecto de los alcances y consecuencias que pudieran surgir de la asunción de compromisos de esa naturaleza, que eran relativamente nuevos en el joven Derecho Internacional Público.

En cambio, en materia de seguridad social el Reglamento del Consejo 1408/71, de 14 de junio de 1971, sobre la aplicación de las reglas de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena o propia y a los miembros de sus familias en el interior de la Comunidad, incluye entre sus beneficiarios a los refugiados y a los apátridas.

En esta primera etapa, nos interesa destacar cómo el progresivo éxito de determinados objetivos económicos en la CEE, propicio un incremento de la confianza del interés por cuestiones de orden político, debido entre otras cosas, al <efecto llamada> que dichos logros económicos suponían para la clase obrera de otras regiones del mundo, lo que daría pie a extraordinarios flujos migratorios de carácter laboral.

⁵⁰⁶. Vid. CONSEJO DE MINISTROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Declaración de 25 de marzo de 1964 de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, reunidos en el seno del Consejo, con respecto a los refugiados*, DOCE 22 de mayo de 1964.

En este sentido se puede apreciar de una Declaración de la Comisión Europea⁵⁰⁷ de 1968, que pone el acento en la dimensión política y humana del proceso de integración europea, seguida de la decisión, tomada en la Cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de la Haya de 1969, de explorar las posibilidades de una cooperación en materia de política extranjera, no económica.

Estos primeros pasos se van concretando paulatinamente en la denominada Cooperación Política Europea, consistente en procedimientos de información y consulta al más alto nivel político, al margen de la dinámica propiamente comunitaria. En un principio en estos foros se trataron problemas de política internacional y algunos aspectos relacionados con la inmigración. Entrados los años setenta, fue que junto a estas cuestiones, empiezan a discutirse temas relativos al orden interno de la CEE, a la lucha contra el terrorismo o a la criminalidad internacional.

De estas reuniones fueron surgiendo grupos con cierta especialización, en los que los distintos responsables gubernamentales discutían sobre temas específicos sobre asilo. De esta forma por ejemplo, nace el llamado “*Grupo de Trevi*” (1976), que se ocupaba desde el prisma del orden público, de la inmigración clandestina y el control de las fronteras. En el contexto del trabajo de este grupo, durante la década de los años 70’s y 80’s, se abordaron por los Estados miembros las cuestiones relativas al asilo, de las cuales surgen algunas acciones significativas, que fueron duramente criticadas por el Parlamento Europeo, dada su intencionalidad de socavar el principio del *non-refoulement*. Principalmente, impidiendo que potenciales solicitantes de asilo iniciaran el procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado mediante la presentación de una solicitud. De esta forma se criticó también, que en el seno del Grupo de Trevi surgiera la idea de formar una red de información de países con más transito de posibles refugiados, a fin de endurecer las políticas de visado e impedir su ingreso en territorio de los

⁵⁰⁷.Vid. COMISIÓN EUROPEA: *Declaración con ocasión de realizarse la unión aduanera*, 1 de julio de 1968. Bulletin des Communautés Européennes, n° 7, de 1968, pp. 5-8.

Estados parte⁵⁰⁸. En este sentido, el Parlamento Europeo deja clara su postura a través de una Resolución, al expresar lo siguiente:

“A. Visto el hecho de que el Grupo de Trabajo ad hoc (Trevi) sobre la coordinación de las políticas de asilo y visado, que fue constituido en Londres el 20.10.86 y realizó el 28.4.87 de forma contraria a la Resolución del Parlamento Europeo del 12.3.87 sin su parecer previo, importantes decisiones sobre políticas de visados y de asilo, violando de esta forma principios democráticos relevantes. B. Visto que en el seno del Grupo de Trevi se conviene la política de los Estados miembros... El Parlamento Europeo 1. Exige a los Estados miembros que se abstengan de llevar a cabo acciones que pudieran empeorar la posición jurídica de potenciales solicitantes de asilo in situ”⁵⁰⁹.

De esta forma, nos parece que el Parlamento Europeo reacciona de forma consiente con las obligaciones que los Estados parte habían contraído en el seno de las Naciones Unidas a través de la Convención de Ginebra de 1951, pero sobre todo de conformidad con los principios rectores de la CEE, cosa que algunos Estados parecían haber olvidado sumergidos en el desarrollo normativo netamente económico y de seguridad común.

Con tales acciones, nos queda la impresión de dos posturas claramente encontradas, la de los Estados miembros y la de los órganos de gobierno de la CEE, en especial la del Parlamento y de la Comisión. Esta situación marca lo que hemos entendido en este trabajo como la primera etapa del desarrollo normativo del asilo, hasta la segunda mitad de la década de los años 80's, misma que en lo sucesivo no iba a cambiar demasiado.

⁵⁰⁸. MUÑOZ AUNIÓN, Antonio, op. cit., pp. 78 y ss.

⁵⁰⁹. Ibídem.

V.2. Un mercado sin fronteras interiores. El derecho de asilo visto desde una nueva forma de organización internacional de países. Del Acta Única Europea, al Convenio de Dublín y su especial relación con el Sistema Schengen.

La segunda mitad de la década de los 80's, es trascendental para la institución del asilo en el ámbito de la actual Unión Europea. En esa etapa, después de haberse consolidado importantes acuerdos en materia económica, el impulso que cobraron las Comunidades europeas en materia de cooperación política y de seguridad en los años 70's, parece tomar un camino incierto dos décadas más tarde, debido a sucesos externos como las revoluciones en la Europa oriental, que iban a propiciar la caída del muro del Berlín en 1989, el fin de la Guerra Fría y la desaparición de la Unión Soviética, fenómenos en paralelo que modificarían el escenario mundial de forma contundente.

Aunado a la crisis económica que se asomaba desde los años 70's, dichos fenómenos finalmente iban a tener una incidencia importante en el proceso de integración de los mercados en general, y particularmente en materia de seguridad y de la libre circulación de personas⁵¹⁰.

En el contexto Comunitario propiamente dicho, con el Acta Única Europea (en adelante AUE) se asume como objetivo de la Comunidad el desarrollo de un "mercado interior", con miras a su completa implementación en el mes de diciembre de 1992. El artículo 8 A, del TCEE (antiguo artículo 14 del TCE y actual artículo 26 del TFUE) define así dicho concepto:

"El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado".

⁵¹⁰.TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p. 205.

Con el proceso de supresión de fronteras entre los Estados miembros con el AUE, se desencadenó una serie de reacciones de tensión y preocupación entre los gobiernos europeos por el tema de la seguridad interior, lo que propició que se adoptaran políticas de control de filosofía eminentemente policial, e influyó notablemente en la inclusión de los solicitantes de asilo en una amplia categoría de “factores de riesgo”. Por esta razón, y por la incidencia de este tema en el núcleo duro de las competencias tradicionales de los Estados, se inclina el proceso en favor de una actuación de naturaleza intergubernamental, al margen de la dinámica propiamente comunitaria.

Las políticas inmigratorias europeas, marcadas por la restricción desde la crisis de la década de los 70, no fueron distintas a la hora de tomar acciones comunes sobre el asilo. La depresión del empleo de forma sistemática y la desaceleración del crecimiento económico apenas entrados los años 80's, afectó de manera negativa a la acogida en los países comunitarios de la inmigración laboral, lo que llevó a que se hablara por primera vez de un <uso abusivo de la institución del asilo por parte de la inmigración económica irregular>, contribuyendo así a la crisis de esta institución. En efecto, se piensa que por tal motivo, los Estados reaccionan con una serie de medidas restrictivas y disuasorias para frenar el alto número de demandas de asilo, de forma indiscriminada.⁵¹¹

Aún en la segunda mitad de la década de los 80's, se constituye en 1986 el Grupo *ad hoc* Inmigración, integrado por los ministros responsables de la inmigración, como el CELAD (Comité Europeo de Lucha contra la Droga), que tiene como prioridad “hacer posible la libre circulación en la Comunidad sin que ello vaya en detrimento de la seguridad”⁵¹². Entre las materias de trabajo de dicho grupo (el control de las fronteras externas, los controles en las fronteras

⁵¹¹. TRUJILLO HERRERA, Raul, op. cit., p. 42 y ss.

⁵¹². Vid. Síntesis de la legislación Europea, “la construcción europea a través de Tratados. El Tratado de Ámsterdam”, disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/amsterdam_treaty/a11000_es.htm, última visita, el 5.08.2011.

interiores, la lucha contra el terrorismo, la lucha contra el narcotráfico, la inmigración ilegal, el intercambio de información en materia de inmigración, entre otros temas) figura el asilo. El objetivo principal de este foro es la elaboración de la Convención relativa a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmada en Dublín en 1990, misma que entraría en vigor hasta siete años más tarde.

Con el propósito de mediar y agilizar el conjunto de las actividades intergubernamentales y comunitarias en el ámbito de la libre circulación de personas, en 1988 se constituyó el Grupo de Coordinadores para la Libre Circulación de Personas, o Grupo de Rodas, también de naturaleza intergubernamental.

En este foro se realizó el llamado “Informe del Grupo de Coordinadores al Consejo Europeo: Documento de Palma”, que contenía medidas sobre la libre circulación de personas y de seguridad ciudadana, previstas para regular un espacio sin fronteras interestatales, mismo que se presentaría y aprobaría posteriormente en el Consejo de Madrid de 1989.

En el tratamiento de lo que se denominaría “vertiente externa” del derecho de libre circulación de personas, se abordó el tema del asilo y se estableció a este respecto una serie de medidas esenciales, tales como: la determinación (y su regulación mediante Convenio) del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo; el acuerdo sobre la regulación de los desplazamientos por el territorio de los Estados miembros de los solicitantes de asilo durante el periodo en que se examina la solicitud; el recurso al procedimiento simplificado o prioritario, con arreglo a la legislación nacional, en caso de solicitudes manifiestamente infundadas y la adopción de compromisos internacionales idénticos en esta materia⁵¹³.

⁵¹³.Ibídem.

En otro escenario, en Schengen, Luxemburgo, se aprueba el Acuerdo de Schengen el 14 de junio 1985, entre los gobiernos de los Estados del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo), de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (en adelante Acuerdo Schengen).

Tal acto no significa en lo absoluto, que se renunciara a la concreción de un acuerdo de esa naturaleza en el seno comunitario, sino que más bien, los Estados implicados en el mismo pretendían adelantar entre ellos la consecución de dicho objetivo, para luego trasladarlo al ámbito comunitario. Incluso, el propio preámbulo del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, remite a la idea de AUE, que dispone “que el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores”⁵¹⁴. Se piensa, que la iniciativa tomada por el mencionado grupo de países, se debe a una diferencia de conceptos y enfoques con el resto de la comunidad, de lo que sería <la supresión de fronteras internas con un mayor grado de eficacia>. Este tipo de actividad extracomunitaria, quizá encuentre explicación en los constantes desacuerdos entre los Estados y los distintos órganos de gobierno de la Comunidad, tales como el Parlamento Europeo y la Comisión.

En un primer momento el Acuerdo es una mera Declaración de intenciones, que carece como tal de fuerza jurídica vinculante, incluso tampoco se exige la ratificación del mismo por parte de los Parlamentos nacionales. Schengen (inspirado en el Acuerdo bilateral de Sarrebruck celebrado un año antes entre Francia y Alemania), contempla una serie de medidas a adoptar por los Estados a corto y a largo plazo, recogiendo estas últimas una serie de compromisos que deberán negociarse con posterioridad.

⁵¹⁴.Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República federal de Alemania y de la República francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, preámbulo, párrafo III.

Dichos compromisos se concretarían con la firma en 1990, por parte de los Estados, del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, en el cual se dedica un capítulo completo al asilo, concretamente en lo referente a la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo⁵¹⁵. Este último, pasó a tener un valor meramente histórico cuando en septiembre de 1997 entró en vigor el Convenio de Dublín, con el que se extiende a toda la Comunidad lo acordado en Schengen para los Estados parte (finalmente quince, trece de ellos miembros de la Unión Europea).

El llamado “Acervo Schengen” (constituido por el Acuerdo y el posterior Convenio de Aplicación del mismo), aún cuando se sitúa en el marco de la cooperación intergubernamental del Derecho Internacional clásico, es decir, como una actividad extracomunitaria de los Estados miembros, tal y como hemos adelantado *supra*, guarda cierta conexión con la normativa comunitaria como es el caso también de la definición de “extranjero” que en el mismo se acuña, según la cual entrarían dentro de esta categoría los nacionales de países no pertenecientes a las Comunidades (o países terceros).

Otro vínculo radica en la primacía del Derecho Comunitario que establece en su artículo 134, el expresar literalmente que “*Las disposiciones del presente Convenio únicamente serán aplicables en la medida en que sean compatibles con el Derecho Comunitario*”, así como la previsión en su artículo 142, de la sustitución de disposiciones propias, por otras adoptadas en el ámbito comunitario (como sucedió con la Convención de Dublín); o bien la reserva de adhesión al sistema Schengen a los Estados miembros de la Comunidades Europeas.

El Convenio de Aplicación de Schengen no se ocupa del examen de una petición de asilo, sino que se limita a asignar entre los Estados partes la

⁵¹⁵.Ibídem, Título II, Capítulo 7, “responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo”.

responsabilidad para ello (Título II, Cap. 7), ventilándose dicho examen de acuerdo con el orden interno del país en cuestión. Tampoco define “asilo”, pero sí explica los conceptos de “solicitud de asilo”, “solicitante de asilo” y de “examen de solicitud de asilo”, de donde es posible inferir la idea de asilo sobre el que el propio Convenio descansa.

Así, según el artículo 1 de este Tratado, se entiende por “solicitud de asilo”, *“toda solicitud presentada por escrito, oralmente o de cualquier otra forma por un extranjero en la frontera exterior o en el territorio de una Parte contratante con el fin de obtener el reconocimiento de su condición de refugiado según la Convención de Ginebra (...) y con el fin de tener el derecho de residencia invocando tal condición”*. Esta disposición tiene un alcance político notable, ya que supone el reconocimiento explícito de una realidad, la Comunidad Europea, con una base política común, que la singulariza respecto de los no miembros.

Asimismo, se considera que la finalidad de la condición de refugiado es la obtención de un derecho de residencia, lo que supone la aparición de “un derecho subjetivo a obtener una protección territorial permanente en caso de estimarse su solicitud”.⁵¹⁶

Por otro lado, la remisión expresa que el mismo artículo 1 hace al Convenio de Ginebra y a su Protocolo sitúa a estos textos de Derecho Internacional como referente normativo de obligado cumplimiento.

Las reglas de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo (art. 30 del Convenio) son tres: la expedición de un visado, el cruce de una frontera exterior y la acumulación de solicitudes de asilo.

⁵¹⁶.Vid. ESCOBAR HERNANDEZ, C, “La regulación del asilo en el ámbito comunitario antes del Tratado de la Unión Europea: el Convenio de Dublín y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen”. En: MARÍÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y otros, *“Derecho de Extranjería, asilo y refugio”*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Instituto Nacional de Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 1995, pp. 741-756.

Así, en primer lugar, si el solicitante cuenta con un visado (de cualquier tipo) o un permiso de residencia, el responsable del examen de la solicitud será la parte contratante que lo haya expedido; si el solicitante cuenta con el visado de varias partes contratantes, la responsable será *“la que haya expedido el visado o el permiso de residencia que caduque en fecha más tardía”* (art. 30, apdo. b); si el visado se hubiera expedido con autorización de otra parte contratante, dicha parte será la responsable del examen en cuestión.

Cuando el solicitante de asilo esté dispensado de la obligación de visado por las partes contratantes o, aún sin estarlo, entra en el territorio de aplicación del “acervo Schengen” desprovisto de la documentación requerida, será responsable el Estado parte *“por cuyas fronteras exteriores haya entrado el solicitante de asilo”* (art. 30, apdo. d y e).

Por último, el Convenio contempla la situación de acumulación de asilo. Así, cuando un solicitante de asilo cuya solicitud está ya siendo examinada por un Estado parte presenta una nueva petición, *“será responsable la Parte contratante que ya esté examinando la solicitud”* (apdo. f); igualmente, si un extranjero que ya ha obtenido una decisión definitiva dentro del espacio Schengen presenta otra solicitud, el responsable de su examen será el Estado que examinara la petición anterior, *“si el solicitante no hubiera abandonado el territorio de las Partes contratantes”* (apdo. g).

Sin perjuicio de lo anterior, el Convenio otorga a los Estados partes la posibilidad de asumir voluntariamente el examen de una solicitud, aunque en principio no le incumbiera dicho examen, liberando así a la parte contratante a la que, siguiendo las disposiciones previamente descritas, le correspondiera la responsabilidad.

El Convenio también asigna al Estado responsable del examen de una solicitud, la obligación de examinar también la de *“un miembro de su familia,*

siempre que los interesados estén de acuerdo” (art. 35). Por “familia” se entiende, a estos efectos, el cónyuge del solicitante o su hijo/a menores de dieciocho años o su padre o su madre (si el solicitante es soltero y menor de edad).

El capítulo que el Convenio de Aplicación de Schengen dedicaba al asilo, se vio sustituido, por medio del Protocolo de Bonn, por lo recogido *ad hoc* por el Convenio de Dublín, firmado en 1991 y en vigor desde 1997, de naturaleza intergubernamental pero cercana al ámbito comunitario y aplicable en los entonces quince Estados miembros de la Unión Europea, que fueron los suscriptores del mismo.

Este nuevo sistema, que también descansa sobre la definición de refugiado proporcionada por el Convenio de Ginebra y sobre el principio de responsabilidad única (que teóricamente se fundamentaría en una equivalencia en el grado de protección ofrecida por los Estados), tiene como objetivo, al igual que el capítulo del Convenio de Aplicación de Schengen analizado, determinar el Estado responsable de examinar las solicitudes de asilo presentadas en cualquiera de los Estados miembros de la Unión.

De este modo se pretende evitar, tanto el fenómeno del llamado “refugiado en órbita” (solicitante de asilo que “peregrina” de un Estado a otro sin que ninguno examine su petición)⁵¹⁷, como el del “refugiado múltiple” (consistente en presentar la solicitud en varios Estados para así incrementar la posibilidad de concesión). Para ello se vale de disposiciones en su mayoría coincidentes con los observados en el “acervo Schengen”, fundados en la máxima de que cuanto mayor sea el grado de consentimiento (expreso o tácito) de un Estado a la llegada de un refugiado, mayor será su grado de responsabilidad⁵¹⁸.

⁵¹⁷.El ACNUR a través de su Comité Ejecutivo, ha elaborado unas conclusiones sobre los refugiados sin país de asilo (o “refugiados en órbita”): OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, Comité Ejecutivo, “*Refugees without an asylum country*”, EXCOM n° 15 (XXX), 1979 (UN doc. A/AC.96/572).

⁵¹⁸.Vid. MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, J. : *La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Colex, Madrid, 2002, pp. 44 y ss.

No obstante, la regulación de dichos criterios no es del todo idéntica, y hay diferencias tanto en lo relativo al orden de prelación en su aplicación como en cuanto a su alcance. Así, el Convenio de Dublín establece una jerarquización de los criterios establecidos por las partes; y un pretendido equilibrio entre la voluntad del solicitante y las condiciones de entrada en el territorio de los Estados miembros.

El primer criterio a tener en cuenta es el de reagrupamiento familiar (art. 4): sería responsable de examinar la solicitud de asilo aquel Estado que ya hubiera garantizado el estatuto de refugiado a un familiar (atendiendo a un concepto restrictivo del término familia⁵¹⁹, al igual que en la Convención de Aplicación de Schengen) del solicitante (elemento objetivo) siempre que ambos (solicitante y familiar) así lo deseen (elemento subjetivo).

El resto de criterios se inspiran en lo que C. ESCOBAR ha denominado “la prioridad atribuida a los documentos de viaje que permiten la entrada regular en territorio de un Estado miembro”⁵²⁰. De esta forma, si no concurre el criterio familiar, rige el del permiso de residencia o visado vigentes (al igual que en el sistema de Schengen, la responsabilidad recae sobre el Estado expedidor del documento en cuestión) o, en ausencia de tales documentos, el criterio que atribuye la responsabilidad al Estado a través del que se produjo la entrada ilegal, a no ser que el solicitante hubiera permanecido durante seis meses en otro Estado miembro antes de presentar la petición.

Debido a la dificultad que plantea la aplicación práctica de este criterio (sobre todo la determinación del país por el que se produjo la entrada ilegal), se han lanzado varias iniciativas con la intención de, por una parte, mejorar los

⁵¹⁹.El concepto restrictivo de familia que adopta la Convención ha sido objeto de crítica de numerosos autores, dado que excluye a hijos mayores de dieciocho años, pero aún dependientes, así como a personas no unidas al solicitante mediante matrimonio, pero ligados a él por una análoga relación de afectividad o convivencia. En este sentido: *BOUTEILLET – PAQUET, D. L'Europe et le droit d'asile: la politique d'asile européenne et ses conséquences sur les pays d'Europe Centrale*, Logiques Juridiques, Paris, Harmattan, 2001.

⁵²⁰.ESCOBAR HERNANDEZ, C, op. cit. pp. 745 y ss.

sistemas de identificación y registro de las personas que solicitan asilo (en este ámbito se encuentra EURODAC, unidad que gestiona una base central informatizada de datos dactiloscópicos) y, por otra parte, intensificar la colaboración entre los Estados miembros (para lo que se crea el programa Odysseus⁵²¹).

Por otro lado, no existe en el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen, una disposición aplicable a los casos de presentación de solicitudes de asilo por quienes se encuentren sin visado en las zonas de tránsito de los aeropuertos, supuestos en los que el examen de la petición correspondería al Estado responsable de esa zona que autorizó el tránsito sin visado (art. 7).

Por lo que, de no poderse concretar ninguno de los criterios anteriores, habrá de observarse el criterio del primer Estado de presentación de la solicitud (art. 8). Esta cláusula, de carácter residual y de cierre del sistema, garantiza una cierta seguridad jurídica y resuelve el problema de las solicitudes múltiples.

Se deduce de lo anterior que, tras aplicar el criterio pertinente, un solo Estado miembro resultará responsable del examen y su decisión posterior vinculará a todos los demás miembros, quienes lógicamente perderían su competencia para estudiar posteriormente una solicitud idéntica.⁵²² No obstante, dos excepciones flexibilizan este sistema, a saber: un Estado puede examinar una solicitud de asilo porque así lo asuma voluntariamente (art. 3.4), o bien, por razones humanitarias a petición de otro Estado (art.9).

Ambos Convenios, tanto el de Dublín como el de Aplicación de Schengen, contienen para completar la regulación del tema, disposiciones relativas a la relación entre los Estados partes, contemplando cuestiones como la comunicación de la información necesaria, el procedimiento de traslado del

⁵²¹.CONSEJO DE LA UNION EUROPEA, “*Acción por la que se establece un programa de formación, de intercambios y de cooperación en el ámbito de las políticas de asilo, inmigración y cruce de fronteras exteriores*”. Acción 98/244/AIJ, de 19 de marzo de 1998. DOCE L 99 de 31.3.98.

⁵²².MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, José, op. cit., pp. 36 y ss.

solicitante al Estado responsable de examinar su petición, o las medidas de protección de datos personales.

De todo lo dicho, al igual que en etapas anteriores, el Parlamento Europeo guarda una postura contraria a las formas en que los Estados miembros han adoptado tanto el Convenio de Dublín, como el Acuerdo de Schengen y su posterior Convenio de aplicación, de esta forma se hace escuchar a través de una Resolución, el 23 de noviembre de 1989, criticando duramente “el secretismo y falta de control democrático”, con lo que dicho Sistema Schengen ha sido adoptado.

Después de un número importante de Resoluciones en este sentido, el Parlamento Europeo encarga a un miembro de la Comisión de Derecho del Parlamento, HEINZ OSKAR VETTER, un informe sobre “Cuestiones de asilo”, mismo que se da a conocer como “el informe VETTER”, documento que traemos a colación, primero, por su alto contenido garantista y, segundo, por su alto valor pragmático. Con esta suerte, el Parlamento Europeo recoge en una posterior Resolución un listado de importantes principios que los Estados miembros deberán tener en cuenta a la hora de aplicar sus políticas sobre asilo, entre las que destacan las siguientes:

“- que las autoridades de fronteras, de inmigración y de extranjeros deben atenerse al principio de no expulsión ni devolución y, sobre todo, evitar todo tipo de discriminación de los solicitantes de asilo espontáneos (que no disponen de visado);

- que las solicitudes de asilo deben tramitarse escrupulosa y rápidamente; la decisión sobre la solicitud de asilo debe tomarla en los Estados miembros una autoridad central, tras escuchar personalmente al interesado y evitando intercalar un examen sobre la procedencia del trámite, pudiendo el solicitante expresarse en una lengua que domine y, si fuese necesario, obtener asistencia jurídica gratuita;

- *que la resolución negativa de la solicitud de asilo deberá ser recurrible ante una instancia jurídica independiente con efecto suspensivo;*
- *que no deberá procederse a la expulsión del solicitante de asilo durante el tiempo que dure el procedimiento;*
- *que el cónyuge del solicitante de asilo y las personas que éste tenga a cargo deben gozar de los mismos derechos jurídicos que el propio solicitante de asilo*⁵²³.

Es grande el número de Resoluciones en que el Parlamento manifiesta su desacuerdo con la falta de control comunitario de que adolece el multicitado Acervo Schengen, de la misma forma que manifiesta su malestar por desconocer el contenido del Convenio de Dublín cuando ya estaba a poco tiempo de su adopción formal⁵²⁴.

Como herencia de un primer periodo de integración (comentado en el anterior apartado) podemos apreciar de esta segunda etapa marcada por el AUE, el Sistema Schengen y el Convenio de Dublín, el reflejo de una serie de tensiones y desacuerdos entre los Estados miembros, preocupados por asegurar sus competencias nacionales en materia de inmigración y asilo respecto de los ciudadanos no comunitarios, en contraposición de una serie de políticas comunitarias emprendidas por un Parlamento Europeo y una Comisión, más interesados por la suerte de esos ciudadanos residentes en la Comunidad Europea, que permanecían en un vacío legal por su condición de extranjeros en un modelo de CEE aún con series deficiencias de origen, y el respeto la CEE por el derecho internacional de los Refugiado y del joven derecho internacional migratorio.

⁵²³.Documento citado por GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J. op. cit., p. 270.

⁵²⁴. Véase entre otras, "la Resolución sobre la política de asilo contraria a los derechos humanos que practican algunos Estados miembros", 18 de junio de 1987, DOC.B 2-512/87.DOC.E., 20 de julio de 1987; la "Resolución sobre la firma adicional de Schengen", 23 de noviembre de 1989, DOC.B3-583/89. DOCE., 27 de diciembre de 1989; la "Resolución sobre el Acuerdo de Schengen y el Convenio relativo al derecho de asilo y al estatuto de los refugiados del Grupo *Ad Hoc* sobre inmigración", 14 de junio de 1990, resolución común que sustituye a los Docs. B3-1208, 1209, 1227, 1232, y 1248-90. DOCE 16 de julio de 1990.

Lo que deja como resultado la adopción de un Sistema Schengen ajeno casi totalmente al ámbito comunitario, con apenas facultades consultivas de la Comisión y con nulo control judicial del Tribunal de Luxemburgo sobre el mismo. Así, cerramos esta etapa definida por un control de las Partes contratantes por vías del derecho internacional clásico, casi total.

V.3. El asilo en el Tratado de Maastricht y la construcción de los Pilares de la Unión Europea.

La etapa de transición que vivió la zona europea, con el objetivo marcado para el 31 de diciembre de 1992, de alcanzar un mercado único acordado en el AUE, implicaba la desaparición de las fronteras interiores de la Unión y el reforzamiento de las nuevas fronteras exteriores, situación que exigiría una mayor coordinación entre los Estados miembros, especialmente en materia de inmigración, asilo y seguridad, esta última materia con un énfasis especial en los aspectos policial y judicial.

El panorama no se veía fácil, si se tenía en consideración las tensiones arrastradas de la década anterior, entre los Estados miembros y las instituciones Comunitarias (en especial con el Parlamento Europeo), aunado a la extensa masa de materias de interés comunitario que se pretendían regular. Así, con el Tratado de Maastricht se fija entre los principales cinco objetivos esenciales, “el refuerzo de la legitimidad democrática de las instituciones”, “la mejora en la eficacia de las mismas” y, “la institución de una política exterior y de seguridad común”⁵²⁵.

Con este escenario, el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE), se firma el 7 de febrero de 1992, cobrando vigencia el 1 de noviembre de 1993. El TUE, marca una nueva etapa en el proceso de integración política de las CEE, que a partir de ese momento se transformaron en la Unión Europea,

⁵²⁵.Figuran también entre los objetivos, “la instauración de una unión económica y monetaria”; y el “desarrollo de la dimensión social de la comunidad”.

situación que *a posteriori* redefiniría los conceptos tradicionales del Derecho Internacional Público, respecto de los Tratados internacionales.

Es obligado señalar también, la novedosa introducción del concepto de ciudadanía europea, en los términos del artículo 8 TCE: *“1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. 2. Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado”*.

Dicho concepto trajo consigo cierta incertidumbre respecto de su significado real, puesto que el TUE, guardaba silencio en relación a la posición de la ciudadanía europea frente a la ciudadanía nacional clásica transferida por los Estados miembros a sus nacionales, pero que en todo caso, se veía como un estatus político-jurídico que serviría para distinguir formalmente a los ciudadanos de la Unión de los ciudadanos de terceros países o extracomunitarios.

Ahora bien, dicho proceso descansaba en la simbólica construcción de tres pilares de la Unión: el primer pilar, de las Comunidades Europeas; el segundo pilar, de la política exterior y seguridad común (PESC), y un tercer pilar, en cooperación policial y judicial en materia penal (JAI), este último de carácter extracomunitario⁵²⁶.

En el JAI queda contemplado el asilo, mismo que escapa del control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJ), al igual que la inmigración irregular y demás materias ahí comprendidas. Así, el artículo K.1, *“sin perjuicio de las competencias de la Unión Europea”*⁵²⁷, dispone que la

⁵²⁶. Tratado de la Unión Europea (92/C191/01), disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>, última visita el 7.08.2011.

⁵²⁷. Artículo K.- *“La cooperación en los ámbitos de justicia e interior se regirá por las siguientes disposiciones:*

k.1. Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los siguientes ámbitos:

política de asilo, inmigración y la política relativa a los extranjeros extracomunitarios, será de interés común de los Estados miembros, materias que se regularían en un ámbito de cooperación en información y consultas entre los Estados en el seno del Consejo de la Unión⁵²⁸, con el fin de coordinar sus acciones (artículo K.3).

No obstante, aún cuando dichas materias quedan excluidas del control comunitario, se prevé en el TUE un mecanismo conocido como la “pasarela”⁵²⁹(por vía del artículo K.9), instrumento que permitiría el tránsito de las materias del Tercer Pilar al ámbito competencial de la Unión Europea, requiriéndose para su realización la unanimidad del Consejo y la ratificación de los Estados miembros⁵³⁰.

La política de visados para los extranjeros no comunitarios, sin embargo, si queda dentro de la competencia comunitaria desde un principio, prevista en el artículo 100C del primer pilar, en virtud del cual, se adoptaría más tarde el Reglamento (CE) Nº 1683/95 del Consejo de 29 de mayo de 1995, “relativo a un modelo uniforme de visado”; o el Reglamento (CE) Nº 2317/95, “por el que

1) La política de asilo, 2) Las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas, 3) La política de inmigración y la política de nacionales de terceros Estados acerca de:
a) las condiciones de acceso a territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados;
b) las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar;
c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en territorio de los Estados miembros...”.

⁵²⁸.Esta institución comparte con la Comisión la labor del desarrollo de una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior.

⁵²⁹.Cfr. FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria, “Asilo y refugio en la Unión Europea”, ed. Comares S.L, Granada 2007, p. 37.

⁵³⁰.Cabe señalar, que el artículo K.9, establece la posibilidad de que dichas competencias pasen al ámbito comunitario por la vía del artículo 100C, mismo que dispone que: “El Consejo podrá decidir por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, la aplicación del artículo 100 C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a acciones en los ámbitos contemplados en los apartados 1 a 6 del artículo K.1, determinando las condiciones de votación que correspondan. El Consejo recomendará la adopción de esta decisión por parte de los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

se determina qué nacionales de terceros países deberán contar con un visado para ingresar a la zona de la unión a través de sus fronteras exteriores”⁵³¹.

Otros artículos de interés del Primer pilar, pueden ser el 138 D, que consagraba el derecho de petición a los extranjeros no comunitarios residentes en la Unión, y el artículo 138E, que contenía el derecho a recurrir al Defensor del Pueblo.

Otra novedad importante, es la creación (en virtud del artículo K.4, párrafo 1) de un “Comité de Coordinación”, con la finalidad de agrupar los foros intergubernamentales que hasta entonces se encargaban de los asuntos plasmados en el tercer pilar. De esta forma iban a desaparecer grupos como el *Ad Hoc* inmigración, y el Grupo de Trevi.

Entre los trabajos más destacados del llamado “Comité K.4”, destacan: la Resolución sobre “garantías mínimas en los procedimientos de asilo”, adoptada el 20 de junio de 1995 (Resolución 5585/95)⁵³², misma que introduce importantes garantías en los procedimientos de asilo, tales como el derecho a la audiencia, el derecho a la defensa legal, el derecho al intérprete, o bien el derecho a recurrir una decisión desfavorable; y la “Posición Común” de 4 de marzo de 1996, relativa a la “aplicación armonizada del término refugiado de conformidad con la definición del artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados” (DOCE Nº L 63/2, de 13/3/96), con base en el artículo K.3 del TUE⁵³³.

⁵³¹.Dicho Reglamento fue anulado por el Tribunal de Justicia en junio de 1997. Esta se sustituyó por el Reglamento (CE) Nº 574/1999 DEL Consejo de 12 de marzo de 1999, “por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, DOCE L 72 de 18 de marzo de 1999, pp. 2-5.

⁵³².Dicha Recomendación se ajusta a los criterios de “garantías mínimas” reconocidas por el ACNUR o por las recomendaciones del Consejo de Europa, no obstante, tan Amnistía Internacional, como ECRE, en su momento señalaron la falta de “efecto suspensivo” que los recursos contra la “declaración de una solicitud de asilo manifiestamente infundada”. Vid. GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J., op. cit., p. 268.

⁵³³.Con base en dicho artículo se desarrollan otras Propuestas, tales como la relativa al Tratado de la Unión Europea para la aprobación del “*Convenio relativo al control de las personas en cruce de fronteras exteriores*”. Vid. GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina J., op. cit., p. 267.

Dicha Posición, hace una interpretación de Refugiado bastante más restrictiva, comparada con la definición ginebrina en la que supuestamente se encuentra inspirada. De esta forma se excluye <la persecución proveniente de grupos no estatales> como causa de reconocimiento de la condición de refugiado, siempre y cuando dicha persecución no sea fomentada por el Estado. Así, la doctrina a este respecto sostiene en palabras de GORTÁZAR ROTAECHE que, “la Convención de Ginebra debe interpretarse incluyendo también la persecución “por terceros”, cuando el Estado no quiera o, incluso, no pueda evitarla”⁵³⁴ (interpretación similar a la que es generalmente aceptada en el contexto universal de países miembros de Naciones Unidas, tal y como hemos comentado en el Capítulo II, de este mismo trabajo)⁵³⁵.

Respecto del funcionamiento global de la nueva Unión Europea, habrá que decir que su bicefalia, entre las instituciones comunitarias y los Estados, así como la estructura en pilares de distinta naturaleza, complicaban su comprensión y funcionamiento, especialmente en tres aspectos fundamentales a saber: en lo referente a su delimitación competencial *ratione materiae*; en lo referente al ámbito competencial de sus instituciones (tales como el Parlamento, el Tribunal de Justicia o la Comisión); y en la adopción de instrumentos jurídicos marcados por su insuficiencia y ambigüedad.

En cuanto a su delimitación competencial entre pilares, tal y como pone de relieve MARTÍN Y PEREZ DE NACLARES, estos apenas tienen una vaga concreción de sus objetivos⁵³⁶, tal es el caso del artículo K.1 TUE, que en realidad, aún cuando se refiere expresamente a la política de asilo, al cruce de fronteras exteriores y a la política de inmigración, únicamente lo hace como <ámbitos de interés común>, termino altamente indeterminado.

⁵³⁴ Ídem. p. 269.

⁵³⁵ La “Posición Común”, excluye de la definición de Refugiado, también a quienes huyen de la violencia generalizada, o de conflictos como las guerras civiles.

⁵³⁶ MARTIN Y PEREZ DE NACLARES, José, op. cit., pp. 48 y ss.

De esta forma, la estrecha similitud de dicho artículo con los objetivos marcados en el artículo 100C, que como hemos visto *supra*, contenía las competencias en materia de circulación de personas y visados, iban a propiciar una “difícil convivencia entre pilares”⁵³⁷, énfasis añadido del carácter extracomunitario del tercer pilar, y del carácter comunitario del primer pilar⁵³⁸.

En cuanto, a las competencias de las instituciones comunitarias, el carácter intergubernamental del tercer pilar, relegaba la participación del Parlamento, limitando su intervención en materias del <ámbito de interés común>, solo al derecho de ser informado y al derecho de formular preguntas y de emitir recomendaciones; de esta forma también, se excluía dichas materias la intervención del Tribunal de Justicia, lo que propiciaba una comprometida función jurisdiccional entre las controversias que pudieran surgir entre los Estados miembros, y dejaba en entredicho la eficacia de la protección de los derechos particulares contenidos en el tercer pilar, entre ellos aquellos relacionados con el asilo y la inmigración⁵³⁹.

Por último, los instrumentos jurídicos marcados por su heterogeneidad entre los pilares comunitarios y el no comunitario, entorpecían la concreción de los principales objetivos esenciales asumidos por la Unión. De este último en especial, se cuestionaba la eficacia y eficiencia de las denominadas “acciones comunes” y “posiciones comunes” de calado perfil político, con ausencia de mecanismos de control y faltas de técnicas legislativas, que en la mayoría de los casos se necesitaban aún más que los meros acuerdo diplomáticos vacíos de contenido normativo.

En cuanto a los “Convenios internacionales” (instrumentos propios del Derecho Internacional Público) se refiere, la doctrina los ha calificado

⁵³⁷.Ibidem.

⁵³⁸.Ibidem.

⁵³⁹.En este sentido, FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria, op. cit., p. 38.

reiteradamente de inapropiados⁵⁴⁰ para la consecución de objetivos a corto plazo, condiciones que se buscaban en la Unión con miras a una integración más adecuada.

V.4. El asilo en el espacio de libertad, seguridad y justicia del Tratado de Ámsterdam y su posterior retoque por el Tratado de Niza.

En 1997 llega la adopción del Tratado de Ámsterdam (en adelante TA) y cobra vigencia en mayo de 1999. El TA, viene a reconducir las políticas de la Unión, tanto en materia de derechos humanos, así como en el funcionamiento de las instituciones, reivindicando las posiciones de algunas, como del Parlamento y del Tribunal de justicia.

Además, se consolida la figura de la ciudadanía europea introducida por el TUE, la cual viene a revolucionar el concepto clásico de ciudadano⁵⁴¹. En lo concerniente a la política exterior y de seguridad común, se establecen ciertas modificaciones con la reubicación del Sistema Schengen en el ámbito competencial de la Unión, lo que para algunos significó “la vuelta a la lógica comunitaria”⁵⁴², en lo concerniente a nuestra materia de análisis.

Así, mediante dicho tratado se asume como objetivo expreso “*mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia*” (art. 2.4 TUE).

⁵⁴⁰.Un sector importante de la doctrina se inclina por esta postura, entre ellos: FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria, op. cit., p. 38; MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, José, op. cit., pp. 48 y ss; entre otros.

⁵⁴¹.Para profundizar en el tema véase a, RODRÍGUEZ BARRIGON, Juan Manuel, “La ciudadanía de la Unión Europea”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 604 y ss.

⁵⁴².En este sentido lo entiende LABAYLE, H., en: “*Un espace de liberté, de sécurité et de justice*”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, p. 121.

De esta manera, se adoptan varias reformas tendentes a reforzar los mecanismos de actuación de la Unión en este ámbito, como por ejemplo la inclusión en el marco jurídico e institucional comunitario del “acervo Schengen”, por medio de un Protocolo (el N°2 del TCE), por el que los Estados asumen el compromiso de respetar dicho sistema con un mínimo nivel establecido de protección y seguridad en la acción comunitaria.

Una de las contribuciones más importantes del TA fue, sin duda, la comunitarización de parte del tercer pilar (Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior), es decir, el traspaso de competencias ubicadas previamente en el ámbito de la cooperación entre los Estados de la Unión, al primer pilar, o ámbito de actuación propiamente comunitaria, asentado sobre la base de la integración, lo que deja al tercer pilar de la Unión con carácter residual. El reflejo legislativo de este traspaso está en el nuevo título incluido tras la reforma de Ámsterdam en el TCE bajo el título de “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” (Título IV, art.61-69).

El Tratado contempla (art.67) dos momentos para el establecimiento progresivo de esta meta: en un primer momento, cinco años tras su entrada en vigor , el Consejo adoptará por unanimidad las decisiones oportunas para la consecución de estos objetivos (a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro); mientras en un segundo momento, la iniciativa estará exclusivamente en poder de la Comisión y el procedimiento decisorio será el de codecisión (como es propio en el pilar comunitario). En lo que atañe concretamente al derecho de asilo (incluido en las materias objeto de comunitarización), el artículo básico es el 63 TCE, según el cual:

“El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam,

1) *medidas en materia de asilo, con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y a otros tratados pertinentes, en los siguientes ámbitos:*

- a) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país,*
- b) normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros,*
- c) normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países,*
- d) normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado;*

2) *medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas, en los siguientes ámbitos:*

- a) normas mínimas para conceder protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países que no pueden volver a su país de origen y para las personas que por otro motivo necesitan protección internacional,*
- b) fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida.”*

La utilización de la expresión “normas mínimas” para el desarrollo de la materia, será en adelante común en la regulación normativa del asilo y de la inmigración, de esta forma, y del empleo de dicha expresión, se deduce el carácter jurídicamente vinculante de las normas para los Estados parte.

En el artículo 64 se establece un límite a la acción comunitaria en estas materias, recordando que dicha actuación no deberá interferir en el “*ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados en el mantenimiento del*

orden público y salvaguarda de la seguridad interior". Dada la alta indeterminación de los conceptos de "orden público" y "seguridad interior", a nivel comunitario su delimitación conceptual y consecuente utilización en la práctica queda a merced del criterio de cada Estado miembro, con el consiguiente riesgo de desprotección jurídica ante una actuación estatal desproporcionada pero asumida sobre la supuesta base del mantenimiento de la seguridad y el orden público, así como la falta de seguridad jurídica a la que pueden llevar los diversos criterios de interpretación en los distintos Estados miembros.⁵⁴³

Con este nuevo título toma carta de naturaleza la existencia de una "Europa a dos velocidades" en el primer pilar, no sólo por los plazos en su instauración, sino por la exclusión del mismo de tres países, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, a través de respectivos Protocolos adoptados en el propio Consejo Europeo de Ámsterdam. Aunado a lo anterior, Islandia y Noruega, países que no pertenecen a la UE, ya contaban con cierto estatus de "cuasi-integración" en el Sistema Schengen, seguidos posteriormente por otros, como Suiza.

Un tema que guarda cierta relación con el asilo, es la ciudadanía europea. En este sentido, el anterior artículo 8 del Tratado de Maastricht, paso a ser el artículo 17 TCE, en similares términos, pero agregando en el apartado 1, que: *"la ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional"*. Dicha introducción, dirigida a esclarecer la posición de la ciudadanía europea frente a la ciudadanía tradicional, va asociada a una lista de derechos que el novedoso concepto ciudadano incluiría, misma que se introduce en la Segunda Parte del TCE, con prerrogativas como: el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, el derecho de sufragio activo y pasivo, en las elecciones municipales y europeas en el Estado miembro de residencia legal, el derecho a la asistencia y protección de las autoridades diplomáticas de cualquier Estado miembro en territorio de

⁵⁴³.HERNÁNDEZ VILLALÓN, Yolanda, "Situación actual del derecho de asilo en la Unión Europea", en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n° 15, enero-abril 2003, p. 1-1.

terceros Estados, así como el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y el derecho de recurrir al Ombudsman europeo.

Estas modificaciones calmaron en cierta medida las voces intranquilas, producto de la incertidumbre del controvertido paso que suponía la adopción de una ciudadanía europea, tanto en lo referente a la posición política de los Estados ante la misma⁵⁴⁴, así como de su contenido en término de derechos fundamentales.

En este sentido, la doctrina no tardó mucho tiempo en plantearse cuestiones relacionadas con la ausencia de derechos socio-económicos y de democracia social, tal es la postura representativa de JIMENA QUESADA, quien además, plantea especialmente la parcial exclusión de los ciudadanos de terceros países respecto de los derechos concebidos para los ciudadanos de la Unión, lo cual en su opinión, amén de ciertos derechos de carácter político, “la entidad propia de esa categoría denominada ciudadanía europea no es susceptible de excluir absolutamente de semejante estatuto jurídico-básico a los extranjeros no comunitarios”, esencialmente de la gama de los derechos fundamentales, lo que iría “en detrimento del principio de indivisibilidad de los derechos humanos”⁵⁴⁵.

Por su parte, la llegada del Tratado de Niza el 26 de febrero de 2001, no significó, en modo alguno, cambios reveladores en la comunitarización de la inmigración y el asilo, ni formal ni materialmente hablando. Por tanto, el título IV TCE queda de la misma forma, consolidando así lo diseñado en Ámsterdam, solo con alguna incidencia de carácter procedimental. Concretamente, Niza

⁵⁴⁴. Amén del análisis en la materia que nos ocupa, lo más relevante en este tema, nos parece, es el acceso a los derechos políticos de los ciudadanos de la Unión en Estados de los que no poseen la nacionalidad tradicionalmente entendida, a través de las elecciones del Parlamento Europeo y en el ámbito municipal; lo que sin duda, viene a revolucionar el concepto de ciudadanía clásico respecto del sistema jurídico y político del Estado tradicional y sus competencias soberanas, materias de calado perfil ortodoxo en cuanto al acceso de los extranjeros al poder público. En este sentido se puede profundizar en, RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel, op. cit., p. 605.

⁵⁴⁵. En este sentido, JIMENA QUESADA, Luís, op. cit., pp. 168 y 169.

incorporó una nueva cláusula (art.67.5 TCE) que confirma la utilización del procedimiento codecisorio en materia de asilo, aunque sujeto a la condición de la adopción previa por unanimidad de la *“legislación comunitaria que defina las normas comunes y los principios esenciales que rijan estas materias”*.

Únicamente se ven afectadas con esta introducción, algunas medidas en materia de asilo (art. 63.1 TCE) y lo referente a las normas mínimas sobre protección temporal de personas desplazadas (art. 63.1 TCE), no obstante, no de forma inmediata con la entrada en vigor del Tratado de Niza, sino que dichas medidas se adoptarían una vez que el Consejo haya elaborado y aprobado, de conformidad con el pertinente proceso de consulta, una legislación de carácter comunitario que regule las normas comunes y principios fundamentales que rijan dicha materia⁵⁴⁶.

V.5. El derecho de asilo en el Programa del Consejo Europeo de Tampere y de la Haya.

El Consejo Europeo de Tampere, celebrado en esa localidad finlandesa, en octubre de 1999, tenía como objetivo principal impulsar el modelo recogido en el Tratado de Ámsterdam, consistente en la creación de un área de libertad, seguridad y justicia. Dicho acto representa un antes y un después respecto de las normas comunitarias que definirían el futuro régimen común de asilo, así como del tratamiento de la inmigración por parte de la Unión Europea. Las Conclusiones adoptadas, aun cuando no determinan en sí mismas el contenido de los instrumentos jurídicos que habrían de dar forma a dicho régimen, si suponen un impulso político importante y marcan las principales directrices que deberán seguirse para alcanzar tales objetivos.

⁵⁴⁶.En este sentido, MARTIN Y PEREZ DE NANCLARES, José, op. cit., p. 64.

Al hilo de las primeras consideraciones de las “Conclusiones de la Presidencia” del Consejo⁵⁴⁷, se entiende que los Estados miembros ambicionan una “Europa abierta y segura, comprometida totalmente con las obligaciones dimanantes del Derecho Internacional de los derechos humanos, que sea capaz de responder a necesidades humanitarias sobre la base de la solidaridad”⁵⁴⁸.

Así, los Estados se comprometen a crear una política común de asilo conjuntamente con la migración, dos realidades que, si bien distintas, se presentan con regularidad, vinculadas y relacionadas en la práctica.⁵⁴⁹ Se fija como objetivo la creación de un sistema europeo común de asilo (como elemento de dicha política común), basado en el respeto al Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y otros instrumentos de carácter internacional, garantizando, por tanto, el principio de “no devolución”, que constituye la piedra angular de dicho Convenio. De esta forma, al igual que el sistema internacional de las Naciones Unidas, en el que se inspira, el régimen legal de asilo en la Unión no va a garantizar un derecho positivo a obtener asilo, sino más bien, un derecho a solicitarlo, es decir, un derecho a que se respeten determinadas garantías procedimentales.

Habría que precisar que con esto, lo que se pretende conseguir, es una coordinación entre las distintas jurisdicciones administraciones nacionales mediante el establecimiento de normas comunes que garanticen coherencia, equidad y eficiencia en los procedimientos de asilo y eventualmente un estatus

⁵⁴⁷.Vid. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, SECRETARIAT GENERAL, « Conseil Europeen-Tampere, 15 & 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence », SI (1999), Bruxelles, le 16 octobre 1999.

⁵⁴⁸.ibidem, p. 1.

⁵⁴⁹.Al respecto, el Departamento de Protección Internacional del ACNUR ha advertido a Estados y otros organismos de la importancia de “mostrarse sensible a las conexiones entre flujos migratorios y los que buscan asilo”, para así poder abordar y gestionar tal vínculo (asilo-migración) respetando las diferencias entre ambos grupos y sus respectivos intereses, en: “Standing Committee, 30th meeting, Note on International Protection of the Department on International Protection”, EC/54/SC/CRP, 9 de junio 2004.

uniforme de refugiado⁵⁵⁰. Con lo cual, la intensión que se recoge en las Conclusiones, se acerca más al establecimiento de un <sistema común de asilo>, que no es lo mismo que un <sistema de asilo único y uniforme>. El ACNUR entiende dichas diferencias en el siguiente sentido:

“En este contexto es importante notar que las Conclusiones de la Cumbre llaman al establecimiento de un sistema común de asilo, no un sistema único. Esto es probablemente algo más que una mera cuestión semántica, ya que tras la misma subyacen claras diferencias de opinión acerca de la futura competencia de la Unión en asuntos de asilo. Un sistema único y uniforme implica la armonización total de las normas y los procedimientos”⁵⁵¹.

Así, se decide instaurar tal sistema común de normas mínimas sobre el asilo en dos etapas: la primera “a corto plazo”, en la que se pretende la consecución de los objetivos ya establecidos en el artículo 63 TCE (introducido por el Tratado de Ámsterdam), es decir, determinación clara y viable del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, normas comunes para un procedimiento de asilo eficaz y justo, condiciones mínimas comunes para la acogida de los solicitantes de asilo y la aproximación de legislaciones en cuanto al reconocimiento y contenido del Estatuto de Refugiado.

De especial importancia además, es la previsión del Consejo en la necesidad de implementar una especie de protección subsidiaria de la Unión Europea, a personas que escapan de la definición de refugiado en estricto sentido, pero que igual necesitan de protección internacional por diferentes y

⁵⁵⁰.Vid. COMMITTEE ON CITIZENS’ FREEDOM AND RIGHTS, JUSTICE AND HOME AFFAIRS, “Freedom, security and justice, and agenda for Europe”, disponible en: http://europa.eu/pol/justice/index_en.htm, última visita el 11.08.2011.

⁵⁵¹.Comentarios del ACNUR sobre las Conclusiones de la Cumbre de Tampere: “el asilo después de Tampere”, párrafo 9. Al mismo tenor, el párrafo 10º, señala: “No obstante, varios Estados miembros han expresado dudas acerca de si el establecer tal sistema es factible o deseable, y prefieren identificar un conjunto de normas mínimas que surjan de una comparación de las normas que gobiernan sus políticas y su práctica de asilo. Aunque el ACNUR ciertamente vería ventajas en un sistema único, el elemento clave para la Oficina es que las miras de los Gobiernos permanezcan fijas en estándares de protección altos”. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1203.pdf?view=1>, última visita el 09.08.2011.

válidas razones. Estas Políticas a nuestro entender aproximan a la UE hacia el entendimiento de las necesidades de los flujos migratorios mixtos en el contexto internacional del siglo XXI. En este sentido, nos parece muy positiva la importancia que le da el Consejo, a consultar al ACNUR y otras organizaciones internacionales (punto 14).

Con la segunda etapa, “A largo plazo”, “las normas comunitarias deberían dar lugar a un procedimiento común de asilo y a un estatuto uniforme, válido en toda la Unión, para las personas a las que se concede asilo... (punto 15)”⁵⁵². Asimismo, el Consejo Europeo animó al Consejo a que llegara a un acuerdo en materia de protección temporal para las personas desplazadas “basado en la solidaridad entre los Estados miembros”, y a que terminara “rápidamente su labor relativa al sistema de identificación de los solicitantes de asilo (Eurodac)” (punto 17).

Desde el punto de vista de la lucha contra la inmigración clandestina, cabe valorar positivamente la voluntad política explícitamente manifestada de “respetar el equilibrio necesario” entre aquella lucha y una política de asilo que respete los convenios internacionales.

En este sentido, las Conclusiones de la cumbre de Tampere se refieren al asilo y la inmigración, como áreas distintas pero relacionadas, con lo cual, cada materia se contiene en párrafos diferentes, dividiendo así el asilo, de la inmigración legal y de la inmigración ilegal, y la respectiva colaboración con los distintos países. Lo relevante de esta distinción, consiste en la afirmación que se hace en las mencionadas Conclusiones, sobre el derecho de asilo como: “un derecho humano absoluto”. En tanto que la inmigración “se considera

⁵⁵² COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, SECRETARIAT GENERAL, « Conseil Européen-Tampere, 15 & 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence », SI (1999), Bruxelles, le 16 octobre 1999, punts 14 y 15.

condicionada por factores socioeconómicos, demográficos, judiciales y de cooperación judicial”⁵⁵³.

Así, mientras se reconoce la necesidad de garantías para aquellos que buscan protección internacional, por otro lado, se sostiene la necesidad de adoptar medidas enérgicas en contra de la inmigración ilegal, reforzar los controles en las fronteras y combatir el tráfico de personas.

Por su parte, el Programa adoptado en el Consejo de la Haya, celebrado en esa ciudad los días 4 y 5 de noviembre de 2004⁵⁵⁴, continúa con los objetivos marcados en Tampere, e introduce como novedad, el ambicioso proyecto de establecer una Constitución para la Unión Europea, idea que después del fracaso conocido por la negativa francesa y holandesa⁵⁵⁵, parece abandonada del todo.

En lo referente al asilo y la inmigración, se mantienen lo acordado en Tampere, y destacan ciertas medidas en sintonía con el anterior programa dentro de las llamadas 10 prioridades del Programa, entre las que se encuentran: el reforzamiento de las fronteras exteriores con la creación de FRONTEX, Agencia europea para la gestión integrada de los controles de las fronteras exteriores; se emprende un programa de lucha contra el terrorismo, con propuestas destinadas a reforzar la cooperación en los ámbitos de seguridad, socavar la financiación de actos terroristas, persecución de los terroristas y promover un programa de intercambio de información entre los

⁵⁵³.Vid. Comentarios del ACNUR sobre las Conclusiones de la Cumbre de Tampere: el asilo después de Tampere, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1203.pdf?view=1>, última visita el 11 de agosto de 2011.

⁵⁵⁴.Vid. La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].

⁵⁵⁵.Véase para profundizar en el tema a GARCÍA-VALDECASAS, Ignacio, “El rechazo al proyecto de la Constitución Europea: un análisis retrospectivo”, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Área: Europa-ARI Nº 159/2005, 27/12/2005.

Estados miembros, entre otras; se emprende una lucha en contra de la delincuencia organizada.

Finalmente, es preciso apuntar, que de la adopción de tales medida extremadamente difusas, omiten la forma de encontrar un equilibrio entre las garantías necesarias para ofrecer protección internacional a quien la necesiten y, las medidas encaminadas hacer frente a la inmigración ilegal y la delincuencia organizada, o, al terrorismo, por lo cual, persiste el riesgo de que el acceso al territorio de los Estados parte y, por consiguiente al procedimiento de asilo, resulte perjudicado por el exceso de controles y la escasas de garantías para los solicitantes de protección, énfasis añadido es que la mayoría de los solicitantes son personas que intentan acceder al territorio de los Estados parte de manera irregular.

V.5.1. El Consejo de Laeken y el Consejo de Sevilla. Reflejos del cambio de dirección de las políticas de la Unión Europea sobre asilo e inmigración, entre el Programa de Tampere y de la Haya.

Solo dos años más tarde, de las medidas adoptadas en el Consejo de Tampere, aquello que era previsible lamentablemente ocurrió. Las garantías procedimentales fueron debilitándose, en tanto que los controles fronterizos policiales aumentaron radicalmente en virtud de los actos terroristas que golpearon a los EE. UU el 11 de septiembre de 2001.

En la Cumbre de Laeken de ese mismo año, las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Tampere fueron reafirmadas; sin embargo, la amenaza terrorista en la Unión Europea cambiaría el panorama, con lo cual, se reconoce en Laeken por la Unión Europea, la Resolución del Consejo de

Seguridad de Naciones Unidas 1373⁵⁵⁶, que, entre otras medidas de seguridad, “Decide que todos los Estados”:

“(c) denieguen refugio a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo, o prestan apoyo a esos actos, o proporcionan refugios;

(g) Impidan la circulación de terroristas o de grupos terroristas mediante controles eficaces en frontera y controles de la emisión de documentos de identidad y de viaje, y mediante la adopción de medidas para evitar la falsificación, la alteración ilegal y la utilización fraudulenta de documentos de identidad y de viaje”.

El panorama no mejoró en el Consejo de Sevilla de durante los días 21 y 22 de junio de 2002, donde se escucharon propuestas, como la de la Presidencia Española, consistente en castigar a los países de origen de los inmigrantes y los refugiados(a través de los instrumentos de la PESC), que no vio la luz en virtud del derecho de veto francés y la oposición de Suecia⁵⁵⁷. Así también, la iniciativa del primer ministro británico Tony Blair, proponía el establecimiento de centros de transito para solicitantes de asilo fuera del territorio comunitario, con el objeto de reducir el elevado número de solicitudes

⁵⁵⁶.Vid. Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Laeken, 14 y 15 de diciembre de 2001, (SN 300/1/01 REV 1), punto 17:

“La Unión Europea reafirma su total solidaridad con el pueblo estadounidense y la comunidad internacional en la lucha contra el terrorismo, respetando plenamente los derechos y libertades individuales. La aplicación del plan de acción decidido el 21 de septiembre se desarrolla conforme al calendario previsto. Los avances realizados indican que se alcanzarán los objetivos. El acuerdo sobre la orden de detención europea constituye un avance decisivo. La definición común de los delitos de terrorismo, la elaboración de listas de organizaciones, personas, grupos y entidades terroristas, la cooperación entre servicios especializados, así como la normativa adoptada en materia de inmovilización de activos como consecuencia de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, constituyen otras tantas respuestas concretas en la lucha contra el terrorismo. El Consejo Europeo invita al Consejo y a la Comisión a que concluyan rápidamente la elaboración del programa destinado a mejorar la cooperación entre los Estados miembros en materia de amenaza de utilización de medios biológicos y químicos; esta cooperación se llevará a cabo en el marco de las actividades de la Agencia Europea de Protección Civil”.

⁵⁵⁷.En este sentido, MUÑOS AUNIÓN, Antonio, op. cit., p. 142.

de asilo que recibía el Reino Unido en su territorio; esta idea tampoco prosperó debido a la oposición de Alemania y Suecia⁵⁵⁸.

En síntesis en este escenario, se acordaron tomar ciertas medidas en materia de asilo y contra la inmigración ilegal, entre las que figuran: los procedimientos acelerados de asilo, con el propósito de acelerar el retorno de los ciudadanos extracomunitarios cuya solicitud haya sido rechazada⁵⁵⁹; y respecto la inmigración ilegal, se prevé el endurecimiento de los controles de visado para los ciudadanos de terceros países, con lo que se propone avanzar en los acuerdos bilaterales entre los países de origen y los Estados miembros de la Unión, para que de esta manera los países de origen reciban, sin más formalidades, a sus nacionales repatriados, aquellas personas que hayan pasado por su territorio y, aquellas que en dicho territorio hayan tenido su última residencia. A cambio la Unión Europea respaldaría económicamente a los terceros Estados⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸.Ibídem.

⁵⁵⁹.Consejo Europeo de Sevilla, Conclusiones de la Presidencia - Sevilla, 21 y 22 de junio de 2002, (13463/02), punto, 29. La actuación de la Unión en este campo ha de basarse en los siguientes principios rectores:

- *“La aspiración legítima a una vida mejor debe conjugarse con la capacidad de acogida de la Unión y de sus Estados miembros, y la inmigración debe canalizarse por las vías legales previstas a tal efecto. La integración de los inmigrantes legales en la Unión entraña tanto derechos como deberes en lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Unión; a este respecto reviste esencial importancia la lucha contra el racismo y la xenofobia.*
- *De acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, debe garantizarse una protección rápida y efectiva a los refugiados, desarrollando mecanismos para evitar que se abuse del sistema y acelerando el retorno a su país de origen de aquellas personas cuya solicitud de asilo se haya rechazado”.*

⁵⁶⁰.Consejo Europeo de Sevilla, Conclusiones de la Presidencia - Sevilla, 21 y 22 de junio de 2002,(13463/02), punto30, Medidas para luchar contra la inmigración ilegal:

“Mediante el Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal, la Unión Europea se ha dotado de una valiosa herramienta para lograr una adecuada gestión de los flujos migratorios y luchar contra la inmigración clandestina. El Consejo Europeo hace un llamamiento al Consejo y a la Comisión para que, en el marco de sus competencias, den la máxima prioridad a las siguientes medidas recogidas en el Plan:

- *Haber revisado antes de final de año la lista de terceros Estados cuyos nacionales están sometidos a la exigencia de visado o están exentos de ésta.*
- *Instaurar lo antes posible, a la luz de un estudio de viabilidad que se presentará en marzo de 2003, un sistema común de identificación de visados, tomando como base las orientaciones del Consejo. Antes de final de 2002 se presentará un informe preliminar.*

Por último, con el impulso del Consejo de Sevilla, se llega al establecimiento de la agenda comunitaria, con el objetivo de precisar las fechas de implementación de las medidas reglamentarias, y acciones comunes en vías del desarrollo de lo que conocemos como el “Sistema Europeo Común de Asilo” (SECA), del que nos referiremos en los siguientes apartados.

V.6. El Programa de Estocolmo. Perspectivas a hacia el equilibrio entre seguridad de la Unión, inmigración irregular y el derecho de asilo.

El Programa de Estocolmo, adoptado el 11 de noviembre de 2009⁵⁶¹, previsto para el periodo 2010-2014, para el área de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión, aparentemente viene a redefinir la acción comunitaria en materias de asilo e inmigración, que en el pasado periodo quinquenal de la Haya (de 2004) tuvieron poco protagonismo, y en el cual se adoptaron predominantemente acciones en materia de seguridad, de lucha contra el terrorismo, de lucha contra la delincuencia organizada y de lucha contra la inmigración irregular.

La entrada en vigor del Programa de Estocolmo supone para algunos, dejar atrás un Programa como el de la Haya, que atravesó por una etapa de “ejercicio de realismo gris”⁵⁶², para recibir una acción comunitaria más

· *Acelerar la conclusión de los acuerdos de readmisión en curso de negociación y aprobar nuevos mandatos de negociación de acuerdos de readmisión con los países ya determinados por el Consejo.*

· *Por lo que se refiere a las políticas de expulsión y repatriación, aprobar para finales de año a más tardar los elementos de un programa de repatriaciones basándose en el Libro Verde de la Comisión; entre estos elementos debe figurar la optimización de los retornos acelerados a Afganistán.*

· *Aprobar formalmente en el próximo Consejo de Justicia y Asuntos de Interior la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, la Decisión Marco destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y la Directiva destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares”.*

⁵⁶¹.Vid. Programa de Estocolmo, “una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, (2010/C 115/01).

equilibrada y comprensiva con la inmigración y el asilo, sin perjuicio de que sea, formalmente hablando, un Programa de continuidad del anterior.

En este sentido, Estocolmo establece medidas en materia migratoria, como la promoción del dialogo con los países de origen y transito de los inmigrantes irregulares, especialmente con los países africanos; así como también, prevé el fortalecimiento de los controles fronterizos, que deberá realizarse con el debido cuidado de no entorpecer el acceso a los sistemas de protección internacional para las personas que lo necesiten, con lo cual, la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX)⁵⁶³, deberá tener más protagonismo llevando a cabo un ejercicio y funcionamiento más transparente.

De esta forma, el Programa de Estocolmo contiene valiosos propósitos en materia de asilo, además, dando continuidad a los Programas anteriores en sus puntos más trascendentales, así como en la necesidad de homogenizar las políticas de asilo en el contexto de la Unión, tomando como principal objetivo el desarrollo pleno del SECA⁵⁶⁴, a fin de lograr un procedimiento de asilo uniforme en toda la Unión y un estatuto también uniforme para los refugiados y

⁵⁶².ARANGO, Joaquín, “Una nueva fase en la Construcción de la política común de inmigración y asilo de la Unión Europea: El Programa de Estocolmo”, en: “Presidencia española 2010. Retos en una nueva Unión Europea, coord. SORROZA BLANCO, Alicia. Edres. Instituto de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo y; Fundación Alternativas; entre otros, Madrid, 2010, pp. 58-63.

⁵⁶³.La Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea fue creada por el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo (26.10.2004, DO L 349/25.11.2004). FRONTEX, entre sus funciones: ayuda a los Estados miembros en la formación de los guardias fronterizos nacionales, incluido el establecimiento de normas comunes de formación; lleva a cabo análisis de riesgos; hace un seguimiento de la evolución en materia de investigación relacionada con el control y la vigilancia de las fronteras exteriores; asiste a los Estados miembros en circunstancias que requieren un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores; y proporciona a los Estados miembros el apoyo necesario para organizar operaciones conjuntas de retorno. FRONTEX está muy vinculado con otros socios de la Comunidad y de la UE responsables de la seguridad de las fronteras exteriores, tales como EUROPOL, CEPOL, OLAF, la cooperación aduanera y la cooperación en controles fitosanitarios y veterinarios, con el fin de fomentar la coherencia general.

⁵⁶⁴.Programa de Estocolmo (2010/C 115/01), artículo 6.2.

los beneficiarios de protección internacional, con base en la plena observancia y aplicación de la Convención de Ginebra. De manera que, Estocolmo va más allá en buenas intenciones, y como muestra sugiere la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Ginebra y a su Protocolo de 1967, e incluso, encarga a la Comisión⁵⁶⁵ un informe sobre las posibles consecuencias jurídicas y prácticas de tal acto, lo que indudablemente sugiere un verdadero cambio de actitud.

Siguiendo con la misma línea (sin dejar de mostrar cierto grado de preocupación por el problema del uso fraudulento de la institución del asilo en el contexto de la Unión), el Programa se enfoca más en la necesidad de fomentar la solidaridad entre los Estados, dentro y fuera de la Unión Europea, y sugiere la promoción de programas de desarrollo de la capacidad de gestionar los flujos migratorios y atender las prolongadas situaciones de estancia de los refugiados en países de tránsito y de origen⁵⁶⁶. Para la anterior tarea, como para otras más, el Programa sugiere como instrumento central, la Oficina Europea de Apoyo en materia de Asilo (OEAA), que deberá tomar mayor protagonismo en la dimensión exterior del SECA, en cuestiones tan fundamentales como la preparación profesional de los funcionarios administrativos de los Estados en materia de asilo e inmigración.

Siguiendo al profesor ARANGO⁵⁶⁷, el Programa de Estocolmo se mantiene en términos generales “con más luces que sombras”, y de forma positiva y sensible ante los fenómenos migratorios y de asilo, así como con otros temas relacionados con la protección internacional de personas.

Llama poderosamente la atención, que el Programa de Estocolmo se celebra en tiempos muy difíciles y aún así, se asume el desarrollo de su

⁵⁶⁵.Ibídem, artículo 6.2.1.

⁵⁶⁶.Ibídem, artículo 6.2.3.

⁵⁶⁷.ARANGO, Joaquín, op. cit., p. 60.

contenido en medio de un ambiente de tensión internacional, que cierra la primera década del siglo XXI, e inicia la segunda, con problemas tan críticos como una nueva crisis económica de talla mundial, en virtud del fallido sistema de crédito inmobiliario y financiero de EE. UU; las amenazas de desplazamientos masivos de personas provenientes de los conflictos de Medio Oriente; o bien, las crecientes amenazas de desplazamientos masivos de personas a causa de desastres medio ambientales en virtud del calentamiento global, tales como el *tsunami* que provocó el conocido desastre nuclear en Japón, entre otros.

Todo esto otorga un plus de reconocimiento al Programa de Estocolmo, que ha dejado de lado las intensiones del llamado Pacto de Inmigración y Asilo (si bien le menciona formalmente), promovido por el Presidente Sarkozy y que se aprobó bajo la Presidencia francesa del segundo semestre de 2008, programa de matiz Intergubernamental y de reconocida vocación restrictiva.

En conclusión, nos sumamos a los optimistas que piensan que la adopción del Programa de Estocolmo (si bien falta su desarrollo por parte de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros), y la reciente entrada en vigor del Tratado de Lisboa, representan una nueva parcela permeable de oportunidades para un desarrollo más eficaz y garantista del SECA, centrado en los valores más que en los intereses y de conformidad con el Derecho Internacional de los Refugiados y con el CEDH del Consejo de Europa.

V.7. El Tratado de Lisboa y su incidencia en el derecho de asilo.

El Tratado de Lisboa, celebrado en esa ciudad portuguesa el 13 de diciembre de 2007, tras una dura etapa de negociación y un referendo negativo

de Irlanda, después de un segundo referendo, pudo finalmente entrar en vigor el 1 de diciembre del año 2009⁵⁶⁸.

Con el Tratado de Lisboa, se modifican estructuralmente los Tratados anteriores, de forma tal, que el Tratado de la Unión Europea (TUE) conserva su denominación inicial en Maastricht, mientras que el Tratado de la Comunidad Europea, adquiere nueva denominación, conocido desde ese momento como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Ambos adquieren semejante valor y personalidad jurídica, con lo que formalmente, la Comunidad Europea hasta entonces prevaleciente, será sustituida por la Unión Europea, desapareciendo de esta manera la estructura de pilares con origen en el Tratado de Maastricht.

Entre otros fines, se establece el firme propósito de simplificar el entendimiento del Tratado de Lisboa para los ciudadanos, dado que en la medida en que ha crecido el acervo normativo de la Unión, se ha dificultado su entendimiento y, su posición frente a las competencias regalianas del Estado era cada vez más difusa.

En cuanto a las materias asociadas al espacio de libertad, seguridad y justicia, antes objeto del tercer pilar comunitario (entre estas el acervo Schengen)⁵⁶⁹, pasan a ser competencia de la Unión *stricto sensu*, con lo que el Tratado de Lisboa reparte dichos temas en cuatro rubros, a saber: las políticas relativas al control fronterizo, el asilo y la inmigración; la cooperación judicial en materia civil; la cooperación judicial en materia penal; y la cooperación policial.

⁵⁶⁸.Vid. El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2007/c 306/01).

⁵⁶⁹.Véase también, el Protocolo (Nº 19) sobre el acervo de Schengen integrado en el Marco de la Unión Europea.

Sin perjuicio de que la PESC/PESD, mantengan su naturaleza específica respecto de sus procedimientos decisorios con base en el consenso⁵⁷⁰.

Así, Lisboa atribuye nuevas competencias a las Instituciones europeas en materia de asilo e inmigración, en lo referente a la adopción de medidas dirigidas principalmente: aplicar una gestión común en las fronteras exteriores a través del FRONTEX; crear un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA), con base principalmente, en un estatuto europeo uniforme y unos procedimientos comunes de concesión y de retirada del derecho de asilo; así como el establecimiento de unas normas comunes, condiciones y derechos en materia de inmigración legal.

Cabe señalar que, como resultado de las negociaciones para la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tanto Irlanda, que protagonizó la principal oposición a Lisboa, como Reino Unido⁵⁷¹ y Dinamarca⁵⁷², quedan exentos de aplicar de forma global, las medidas comprendidas en el espacio de libertad, seguridad y justicia, a través de un sistema denominado “régimen derogatorio”, que les permitirá en todo caso, de forma puntual, formar parte de acuerdos y adoptar normas con carácter vinculante, tal y como será para el resto de los Estado miembros de la Unión⁵⁷³.

⁵⁷⁰. Véase en este sentido a, GONZALES SÁNCHEZ, Enrique, “El proceso de integración europea: de Roma a Lisboa. Perspectivas a futuro”, en: Cuadernos de Estudios Europeos, núm. 3, Instituto de Estudios Europeos Robert Schumann, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, 2010, p, 48.

⁵⁷¹. Véase también el Protocolo (Nº 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia.

⁵⁷². Véase también el Protocolo (Nº 22) sobre la posición de Dinamarca.

⁵⁷³. De esta forma, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca pueden acogerse a dos tipos de cláusulas derogatorias:

. Una, llamada cláusula “*opt-in*”, que permite a cada uno de estos países participar, en casos concretos, en el procedimiento de adopción de una medida o en la aplicación de una medida ya aprobada. Cuando esto es así, dichas medidas son vinculantes para ellos en la misma medida que para los otros Estados miembros.

. Y una segunda, llamada cláusula “*opt-out*” que les permite abstenerse de aplicar una medida en cualquier momento.

En lo que se refiere a las reformas institucionales de la Unión, cabe destacar el mayor protagonismo que el Tratado de Lisboa otorga al Parlamento Europeo (elegido por los ciudadanos de la Unión), el cual, en el proceso de codecisión se encuentra en igualdad de circunstancias frente al Consejo Europeo (que representa a los Estados miembros) toma de decisiones sobre la mayor parte de la legislación de la Unión. Así como también, el Tratado amplía el ámbito competencial del Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE)⁵⁷⁴, especialmente en materias de cooperación policial y penal.

Además, con el ánimo de construir una Unión Europea más cercana a los ciudadanos, se establece también la figura de la “iniciativa ciudadana”, a través de la cual, un determinado número de ciudadano de distintos países de la Unión, podrán acudir ante la Comisión a presentar iniciativas de legislación.

Sin dejar de reconocer las importantes reformas comentadas, quizá lo más trascendental de Lisboa para nuestra materia de análisis, sea su intención de resurgir una política común de la Unión Europea con base en los valores y en el respeto integral de los derechos fundamentales, con lo cual se dota de carácter vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales proclamada en Niza en diciembre de 2000⁵⁷⁵, misma que el fallido Tratado constitucional contemplaba como anejo al mismo y que corriera la misma suerte de éste con el sufrido rechazo francés y holandés. Cabe señalar, que Polonia, el Reino Unido y la Republica Checa, no aceptan dicho vínculo jurídico hacia la Carta, con lo cual no será de obligado cumplimiento para dichos países.

Otro hecho importante, es la eventual adhesión de la Unión Europea al CEDH, con lo cual nos surgen muchas dudas respecto de los posibles efectos

⁵⁷⁴.Artículo 281 TFUE. Véase también, el Protocolo (Nº 3), sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

⁵⁷⁵.Artículo 6.1. TUE. Cabe decir, que la Carta se remite al Tratado de la Unión a través del mencionado artículo, lo cual pudiera interpretarse como un síntoma de reticencia de los Estados parte, al no incluirla en el Texto. Por lo tanto se recurre a una clausula de remisión para otorgarle a la Carta el mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión.

jurídicos y políticos que puedan surgir, aún cuando de manera particular, todos los Estados parte de la Unión lo son también del CEDH⁵⁷⁶. De momento, parece ser que el motivo principal de la adhesión, radica en permitir una mejor coordinación jurisprudencial entre el TEDH y el TJEU.

En suma, la adopción del Tratado de Lisboa es alentadora para los destinatarios últimos de los derechos fundamentales, con especial referencia a los solicitantes de asilo y de otro tipo de protección internacional. Esto se debe en gran medida, principalmente a la comunitarización del SECA, que permitirá un desarrollo más armonioso y con un obligado cumplimiento de los derechos fundamentales contemplados en la Carta de la Unión y del DEDH. Sin duda alguna, el poder otorgado al Parlamento Europeo no puede ser más que positivo para el derecho de asilo, dado que sus políticas al respecto siempre han sido el contrapeso de las políticas de naturaleza intergubernamental en materia de asilo e inmigración, con lo cual se podría esperar, una nueva etapa normativa más discutida desde las instituciones de la Unión, y de calado matiz común.

Finalmente, debemos señalar que es lamentable la falta de voluntad política de los Estados miembros que se han negado a asumir ciertas obligaciones sinalagmáticas, Y especialmente a reconocer la Carta de Derechos Fundamentales; pero es más lamentable e inexplicable, que países como Polonia, de amplia tradición de exilio se convierta en uno de los Estados miembros que más resistencia han puesto al reconocimiento de normas vinculantes previstas para el desarrollo del SECA.

⁵⁷⁶.Artículo 6.2 TUE. Véase también, el Protocolo (nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

V.7.1. El derecho de asilo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como ya hemos adelantado, el 7 de diciembre de 2000, con ocasión del Consejo Europeo de Niza, se proclamó solemnemente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁷⁷, acontecimiento de enorme importancia en el largo periplo de integración iniciado medio siglo atrás, cuyo fin, en dicha integración cada vez más estrecha, es el de crear un patrimonio axiológico que tenga por núcleo la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, sobre una plataforma de democracia y Estado de derecho.

En similares términos se desprende del Preámbulo de la Carta, cuyo texto, es producto del trabajo llevado a cabo en el marco innovador del “Convenio”, consistente en un foro de discusión abierto constituido por representantes de los parlamentos nacionales, el Parlamento Europeo, los gobiernos nacionales y la Comisión Europea, con lo cual, se pudiera decir que la Carta recoge el verdadero espíritu de la Unión Europea en términos generales.

El texto de la Carta recoge un amplio elenco de derechos de conformidad con los valores y principios antes mencionados, con lo cual quedan encuadrados en torno a seis temas básicos: dignidad humana, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia. Con la salvedad de los específicos en favor de los ciudadanos comunitarios (art. 39, 40 y 46 de la Carta) o en favor de ciudadanos comunitarios y residentes legales en la Unión (art. 42, 43, 44 y 45 de la Carta), los derechos cuentan con una aplicabilidad universal *ratione personae*, independientemente de la nacionalidad o el lugar de residencia.

La Carta va dirigida a las instituciones y órganos de la Unión, y a los Estados miembros cuando actúen en el ámbito del Derecho de la Unión (art. 51

⁵⁷⁷.Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02).

Carta). Se configura así como parámetro de legitimidad política del poder público en la Europa comunitaria.

Desde su aprobación en Niza, la Carta había tenido la naturaleza jurídica de declaración política interinstitucional, es decir, lo que suele denominarse *Soft Law*. Sin embargo, con ciertos efectos jurídicos, como su contribución en el avance normativo de lo que sería *hard law* en el futuro, bien como complemento del mismo, o bien como un importante parámetro interpretativo, utilizado como fundamento en las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia de la Unión, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de varias instancias jurisdiccionales nacionales; aunque, específicamente en materia de asilo, en ese periodo parece no haber referencia jurisprudencial alguna⁵⁷⁸.

De esta forma, la Carta ya mostraba virtualidad práctica en el terreno de lo jurídico por la coherencia que cabe exigir de la misma respecto de todo el derecho derivado adoptado sobre la base de un precepto comunitario (art.51 Carta). Se configura así una suerte de control previo de legitimidad de la propuesta legislativa respecto de la Carta.

En nuevo intento de trascender en el derecho positivo, la Carta se incluye en el texto destinado a ser el Tratado por el que se instituiría una Constitución para Europa, acordado por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo los días 18 y 19 de junio de 2004, cuya firma oficial estaría prevista para el 25 de octubre en Roma, y que entraría en vigor cuando todos los Estados miembros lo hubieran ratificado. La Comisión pretendía “incorporar la Carta en el Tratado Constitucional y el acceso al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales situaría a la Unión y a sus instituciones bajo la obligación legal de asegurar que en todas sus áreas de actividad, los derechos humanos no sean solamente respetados, sino también activamente promovidos”⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸.FERNANDEZ SOLA, Natividad, op. cit., p, 29.

Finalmente, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a través del artículo 6 del TUE⁵⁸⁰, la Carta cobra carácter vinculante (tal vez no de la forma más adecuada para algunos)⁵⁸¹, a través de una clausula de remisión al texto de la Carta, y no en virtud de su incorporación integral al Texto del Tratado, lo que refleja la prevalencia de ciertas reticencias por parte de los Estados sobre la adopción de la misma. Tal fue el caso de Polonia, el Reino Unido y la Republica Checa, que tal y como hemos dicho *supra*, no aceptan dicho vínculo jurídico hacia la Carta.

El derecho de asilo se encuentra entre el Título de las “libertades”, en el artículo 18, según el cual “*se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*”. Lo cual nos remite al SECA.

En la primera comparación literal, podemos decir que la Carta de la Unión va más allá que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que como se sabe, simplemente reconoce el derecho de toda persona a buscar y disfrutar del asilo, nota que recordamos en alusión al primer borrador de la Declaración, que tal y como hemos comentado en otro apartado de este trabajo, en dicho texto si se reconocía en términos similares al de la Carta de la Unión, un derecho subjetivo al asilo y no solo a buscarlo⁵⁸².

⁵⁷⁹.COMISIÓN EUROPEA, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament. Area of Freedom, security and Justice: Assessment of the Tampere programme and future orientations*. SEC(2004)680 et SEC(2004)693.

⁵⁸⁰.Véase también el Protocolo (Nº 30), sobre la aplicación de la carta de los derechos fundamentales de la unión europea a Polonia y al Reino Unido.

⁵⁸¹.TORRES PEREZ, Aida, “La Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea”, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 27 y 28 de noviembre de 2008.

⁵⁸².Véase el Capítulo I, apdo.1.4, de este trabajo.

Cabe señalar, como bien apunta la profesora FERNÁNDEZ SOLA, que se pierde la ocasión de que en la Carta se pueda consagrar el derecho de protección temporal para personas desplazadas en masa, o bien el derecho a otro tipo de protección internacional y subsidiaria, de conformidad con el SECA y con los objetivos fundamentales del Tratado de Lisboa, tal y como se desprenden del Título de “Ayuda Humanitaria”, en artículo 214.1 del Tratado:

“prestar asistencia y socorro a las poblaciones de los terceros países víctimas de catástrofes naturales o de origen humano, y protegerlas, para hacer frente a las necesidades humanitarias resultantes de esas diversas situaciones”. De esta forma, el derecho de asilo queda consagrado con apego a los criterios clásicos de Ginebra y sus tradicionales formas de determinación de la condición de Refugiado.

El artículo 19 por su parte, prohíbe las expulsiones colectivas y establece que:

“1. Se prohíben las Expulsiones colectivas.

2. nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Dicho precepto consagra el principio de *non refoulement*, en sintonía con el artículo 32 y 33 de la Convención de Ginebra, pero de conformidad con el artículo 3 del CEDH, en virtud de la prohibición de la tortura o las penas o tratos crueles inhumanos y degradantes, por lo tanto se pudiera interpretar que se desprende del artículo 19 de la Carta, una protección más extensa, que el que se desprende de la Convención de Ginebra, tal y como sucede del artículo 3 del CEDH, en virtud de su carácter irrevocable e inderogable, como antes

vimos⁵⁸³. Cabe señalar, que como disposición original, quedan prohibidas las expulsiones colectivas.

En suma, siguiendo a la profesora FERNÁNDEZ SOLA, la Carta otorga supremacía a cuestiones humanitarias respecto del mercado común único, y a nuestro juicio, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la prevalencia de los derechos fundamentales parece ser en términos generales la renovada ruta crítica de la Unión Europea, lo cual celebramos y esperamos encontrar en el desarrollo normativo del SECA, del cual nos referiremos a continuación.

V.8. Normativa de desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo.

V.8.1. Régimen comunitario de protección temporal en caso de afluencia masiva de desplazados, como una nueva forma de protección internacional.

La necesidad de una respuesta común, frente a los casos de afluencia masiva de personas a un país y que no pueden volver al suyo propio se dejaba sentir de forma cada vez más evidente en el contexto europeo, especialmente en virtud del conflicto Yugoslavo a principios de los noventa, en los Balcanes (en especial, el de Bosnia Herzegovina primero, y el de Kosovo después).

Tales situaciones pusieron de manifiesto la fragilidad y cierta obsolescencia de los sistemas de protección tradicionales, basados en la determinación individual del estatuto de refugiado y circunscritos a los motivos tasados de la Convención de Ginebra⁵⁸⁴, frente a la llegada inesperada de

⁵⁸³. Véase el Capítulo IV., apdo. 3.1. de este trabajo.

⁵⁸⁴. Cabe señalar, tal y como han puesto de relieve los propios Estados miembros, que la Convención de Ginebra no excluye en sí misma, la utilización de formulas de reconocimiento masivo o grupal de refugiados, o bien el empleo de mecanismos de reconocimiento *prima facie* en situaciones de emergencia, que permita a *posteriori* el reconocimiento casuístico de los interesados. Por tanto, la tradicional interpretación del artículo 1 de la Convención de Ginebra,

grandes contingentes de personas necesitadas de amparo internacional, y que Europa no veía en su territorio desde la Segunda Guerra Mundial.

Este fenómeno ha llevado a los Estados a la adopción de diferentes respuestas *ad hoc*, generalmente fuera del ámbito de la Convención/Protocolo para los refugiados, que reiteradamente han demostrado su insuficiencia en cuanto que emergen nuevos contingentes cuando aún no se resuelve la suerte de un contingente anterior⁵⁸⁵. Los Estados *miembros*, conscientes de que dichos fenómenos los desbordaban, y habida cuenta de la desigual sobrecarga de personas, experimentadas por los diferentes contextos nacionales dentro de la Unión, decidieron abordar el problema desde instancias comunitarias. Después de una tímida aproximación al tema en el marco del Tratado de Maastricht, el origen de la regulación propiamente comunitaria del mismo se encuentra en el Tratado de Ámsterdam (art. 63.2 TCE), así como (y de forma coherente con dicho Tratado) en el Consejo Europeo de Tampere (en los términos antes referidos).

En cumplimiento de lo establecido en ambos textos se aprueba la directiva 2001/55 del Consejo, de 20 de julio del 2001, *relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida*.⁵⁸⁶

con base en un reconocimiento individualizado de la condición de refugiado, es propia de los Estados, y así se deja ver en la exposición de motivos de la *Propuesta de Directiva de 2000*, que afirma que:

“<Aunque la Convención de Ginebra no excluye automáticamente el reconocimiento del estatuto de refugiado a grupos enteros de personas (*prima facie*), la mayoría de los Estados miembros se muestran reticentes a recurrir a esta posibilidad. Del mismo modo, los Estados raramente aplican el artículo 1 C de la Convención, que contiene una referencia explícita a la posibilidad de retirarle a una persona el estatuto de refugiado>. *Propuesta de Directiva de 2000*, para. 2.2, p. 4.

⁵⁸⁵. Véase el Capítulo I. apedo. 3.1. de este trabajo.

⁵⁸⁶. DOCE L 212, de 7 de agosto de 2001, pp.12 y ss.

Ahora bien, en consideración a lo anterior, cabe preguntarse qué debe entenderse de los conceptos jurídicos indeterminados empleados por la Directiva 2001/55, tales como: <protección temporal>, <afluencia masiva> y <personas desplazadas>, de cuya interpretación deberá circunscribirse el ámbito de aplicación material, espacial y temporal de la norma.

- En primer lugar, <la protección temporal> se encuentra definida como, *“un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección”,* (art. 2.a).

Destaca de lo anterior, el carácter subsidiario de la protección temporal para con para con el sistema de asilo, es decir, la protección temporal, permite que las personas que tengan temor fundado de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, ideología política o pertenencia a determinado grupo social, puedan solicitar en cualquier momento el reconocimiento de la condición de refugiado (art. 17), con lo cual, dichas personas no estarían sujetas al estatus de la protección temporal, sino al régimen de solicitante de asilo y posteriormente al estatuto de refugiado si esa fuera su situación.

Así también se deduce de la Directiva, la incompatibilidad de uno y otro estatuto, situación que deberá definir finalmente el Estado responsable (art. 19), sin embargo, de ser denegada la solicitud de asilo, el solicitante podrá disfrutar de su antiguo estatus de protección temporal por el tiempo que le quede, esto es, contando a partir de su llegada al país de acogida incluyendo el tiempo que haya disfrutado del estatus de solicitante de asilo.

El carácter temporal de dicha protección, se encuentra definido por el tiempo máximo que ha de proporcionarse, establecido en un año y prorrogable

por el Consejo en periodos de seis meses durante el plazo de un año más. La otra forma de suspensión de la protección temporal, será la extinción de la causas de origen (artículo 6.1.b). A partir de ese momento se aplicará el derecho general de protección y de extranjería de los Estados miembros (art. 20).

- En segundo lugar, debemos precisar, qué se entiende por <Afluencia masiva>. Según la Directiva en cuestión, el artículo 2, d, la define como: *“la llegada a la Comunidad de un número importante de personas desplazadas, procedentes de un país o de una zona geográfica determinada, independientemente de que su llegada a la Comunidad se haya producido de forma espontánea o con ayuda, por ejemplo, de un programa de evacuación”*.

Sin perjuicio de la anterior definición, el Consejo deberá determinar la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas, que conducirá al otorgamiento de protección por parte de los Estados miembros, decisión sujeta al método de mayoría cualificada, previa propuesta de la Comisión, en lo que el Parlamento solo tiene derecho a ser informado (art.5). Cabe señalar, que la procedencia de la afluencia masiva de personas, deberá ser de países no parte de la Unión Europea, lo que permite la exclusión de tal derecho a los ciudadanos de la Unión.

Se entiende en todo caso, que tal disposición se establece partiendo del principio, de la “imposibilidad”, de que en un país miembro de la Unión pueda surgir un éxodo de personas en masa en virtud de las razones que originan la Directiva en mención, no obstante, no entendemos porque, la posibilidad de que en un futuro pueda producirse un acontecimiento de esa naturaleza, se elimine como una cuestión de derecho, tal y como acertadamente ha señalado el ACNUR⁵⁸⁷.

⁵⁸⁷.Vid. El Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva (Documento COM (2000) 303 final,, 2000/0127 (CNS) de 24.05.2000, titulado: "Propuesta de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida", disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1226.pdf?view=1>, última visita el 17 de agosto de 2011.

En todo caso finalmente, dentro del movimiento masivo de personas provenientes de terceros países, deberán distinguirse determinados colectivos que serán objeto de la protección, lo que nos lleva analizar el tercer punto.

- En tercer lugar, debemos precisar qué se entiende por <personas desplazadas>, de lo que el artículo 2.c, dice lo siguiente:

“Personas desplazadas: los nacionales de un tercer país o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales, y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1A de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional, y en particular:

- i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente;*
- ii) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos”.*

Así, dicho sistema de protección establecido en la Directiva va a ser selectivo, es decir, dirigido solo a los colectivos enlistados y no a todos los colectivos que se desplacen en masa. De esta forma, y siguiendo a la profesora ARENAS HIDALGO, de la interpretación de los artículos 2 a), c) y d); 3.4, 7 y 28, es posible definir hacia quien va dirigida protección temporal, entre los que se encuentran:

“1. Potenciales Refugiados: personas desplazadas de terceros países que pudieran ser considerados refugiados según el artículo 1 A 2, de la Convención de Ginebra.

2. Personas desplazadas de terceros países que pudieran caer dentro del ámbito de aplicación de otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional.

3. Casos Particulares: Personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente o que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos.

4. Grupo Suplementario: Otras categorías de personas desplazadas que provengan del mismo lugar y se hayan desplazado por las mismas razones (artículo 7 de la Directiva).

*Todos han de manifestarse en afluencia a gran escala y no serle de aplicación la cláusula de exclusión del artículo 28 de la Directiva*⁵⁸⁸.

Entran por lo tanto, categorías de personas que escapan de la Convención de Ginebra, como los colectivos que huyen de la violencia indiscriminada, de conflictos armados y de la violación sistemática de los derechos fundamentales, categorías que no son reconocidas general y pacíficamente como refugiados en estricto sentido, y que reiteradamente tanto la doctrina, como el ACNUR, han puesto de relieve la imperiosa necesidad de proporcionarles algún tipo de protección internacional⁵⁸⁹.

Quizá, de los motivos contemplados en la Directiva, se echen en falta algunos de los que generan desplazamientos masivos de personas, como es el medio ambiente, que ha dado lugar a los desplazados por causa del cambio climático. Sin perjuicio de que numerosos estudios han señalado el que el cambio climático no es un factor que propicie desplazamientos masivos de

⁵⁸⁸.Cfr. ARENAS HIDALGO, Nuria, “El sistema de protección temporal europeo. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población.” *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. LV-2. Julio 2003, pp. 10 y ss.

⁵⁸⁹.Ibídem. Véase además, “Cambio Climático y desplazamiento: identificación de vacíos y respuestas”, Mesa redonda de expertos, Centro de Conferencias de *Bellagio*, 22-26 de febrero de 2011.

personas *per se*, es decir, que funciona más bien, como un “multiplicador de amenazas” agravando las amenazas existentes producto de los malos gobiernos o la pobreza, y que, por otro lado, gran parte de las consecuencias humanitarias del cambio climático son objeto de especulación, lo cierto es, que ya se han registrado desplazamientos y migraciones a causa del clima, y la posibilidad de que aumenten dichos desplazamientos en tanto que aumente el calentamiento global es latente.

Así lo afirma un estudio reciente de la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios y el Centro de Monitoreo de Desplazamiento Interno, al señalar que hasta 20 millones de personas fueron desplazadas en el 2008, a causa de desastres naturales⁵⁹⁰. Además, otros estudios indican que para el año 2050, podrían ser desplazadas 150 millones de personas por estos motivos, especialmente de países limítrofes a los océanos, sin distinción de los europeos⁵⁹¹.

En suma, se ofrece un estatuto generoso de protección temporal, a cambio de una protección con un tiempo corto y determinado, de lo que cabe rescatar las obligaciones que los Estados miembros asumen hacia los beneficiarios de dicha protección temporal, entre las que se encuentran: el expedir documentos de residencia para los protegidos, garantizar su acceso a una actividad profesional, a un alojamiento, al sistema educativo, brindarles el apoyo necesario en cuanto a ayuda social, subsistencia y cuidados médicos⁵⁹².

⁵⁹⁰.Vid. “El monitoreo de los desplazamientos por desastres en el contexto del cambio climático”, Conclusiones de un estudio realizado por la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios y el Centro de Monitoreo del Desplazamiento Interno, Septiembre de 2009.

⁵⁹¹.Vid. “Cambio Climático, migración y desplazamiento: ¿Quién resultará afectado?” Documento de trabajo presentado por el grupo informal sobre migración, desplazamiento y cambio climático del IASC, 31 de octubre de 2008.

⁵⁹².Síntesis de la legislación de la Unión Europea, en: www.Europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l33124.htm. última visita el 1.10.2011.

Así mismo, los Estados miembros se comprometen a garantizar el retorno “voluntario” de los beneficiarios de la protección temporal, con conocimiento previo de las circunstancias del país de retorno. Dicho compromiso sin embargo, deja clara la ausencia de un modelo de integración de los desplazados en el territorio de acogida, a diferencia del estatuto de refugiado.

Una pieza clave en este esfuerzo, es el principio de solidaridad (fundamento de esta regulación), mismo que se prevé como un mecanismo dirigido a fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros y, se manifiesta en la posibilidad de los Estados miembros de recurrir al Fondo Europeo para los Refugiados para afrontar económicamente los fenómenos descritos en dicha directiva, mediante las medidas previstas en la misma, del cual nos referiremos enseguida.

V.8.1.1. La normativa de desarrollo del Fondo Europeo para los Refugiados.

Desde 1997⁵⁹³, la Comisión ha financiado acciones destinadas a los Refugiados y personas desplazadas con base en el principio de repartición de cargas. Producto de esta experiencia y de conformidad con el artículo 63.2.b TCE, que asigna al Consejo la toma de medidas para fomentar “*un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida*”; es adoptada la Decisión del Consejo de Ministros⁵⁹⁴ del año 2000, por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados (FER).

⁵⁹³. Como precedente pueden verse: La Resolución 95/C 262/01 del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas y; La Decisión 96/198/JAI del Consejo, de 4 de marzo de 1996, sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas.

El FER, es concebido para periodos de 5 años (el primero de 2000-2004), este Fondo establece un único sistema de redistribución financiera para equilibrar las cargas asumidas por los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas, e instaura asimismo, un mecanismo para hacer frente a las situaciones de emergencia en caso de afluencia masiva de personas.

La Decisión del Consejo de 2 de diciembre de 2004 por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2005-2010, renueva el anterior periodo, que a su vez, es derogada por el Programa de Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios del *Fondo Europeo para los Refugiados*, en el Plan Plurianual 2008-2013⁵⁹⁵. En su renovada etapa, el FER contempla los siguientes programas específicos: El fondo para las Fronteras Exteriores; el Fondo Europeo para el Retorno y; el Fondo de integración de los naturales de terceros países.

Con lo cual, los destinatarios últimos de la financiación proveniente del Fondo son los beneficiarios del estatuto de refugiado u otra forma de protección internacional, así como las personas desplazadas que disfruten de un régimen de protección temporal o (en función de la naturaleza de las acciones) a aquellas que hayan solicitado dicho estatuto o protección.

Los Estados miembros pueden solicitar apoyo financiero del Fondo para realizar actividades dirigidas a la mejora de las condiciones de acogida y de los procedimientos en lo que se refiere a infraestructuras y servicios, a la integración de personas beneficiarias de una protección temporal estable y a la repatriación voluntaria y reintegración en el país de origen. En lo que se refiere

⁵⁹⁴.CONSEJO DE MINISTROS, Decisión 2000/596, *por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados*, de 28 de Septiembre del 2000, DOCE L 252, de 6 de octubre de 2000, pp. 12 y ss.

⁵⁹⁵.Ministerio del Trabajo e Inmigración de España, Programa de Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios *Fondo Europeo para los Refugiados* Plan Plurianual 2008-2013.

a las medidas de emergencia en caso de llegada masiva de personas, la Comisión distribuye los recursos en función del número de personas acogidas y a propuesta del Estado responsable⁵⁹⁶. La Comisión se encuentra asesorada por un Comité consultivo compuesto por representantes de los Estados miembros y un representante de la Comisión.

Sobre el empleo de los recursos, los Estados deberán presentar un informe anual detallado respecto del uso de los mismos, sin perjuicio de la supervisión por cuenta propia de la Comisión. Con este esfuerzo, la Unión Europea da muestra de la voluntad de avanzar en la conformación del sistema de protección de derechos humanos relacionados con las personas que llegan del exterior de sus fronteras a pedir auxilio, por lo menos en teoría.

V.8.1.2. Conclusiones sobre la protección temporal de personas desplazadas, con ocasión de los recientes conflictos en Oriente Medio.

Debemos decir, que la complementación que supone la Directiva para la protección temporal de afluencia masiva de personas, del sistema común de asilo de la Unión, es en suma positiva. No obstante, cuando el sistema de acogida de personas protegidas temporalmente se ha puesto a prueba, los resultados han sido mediocres. La Unión Europea ha sido incapaz de dar solución a los problemas ocasionados por las recientes oleadas de personas procedentes principalmente de Túnez, Libia y Egipto, cuando a inicios del 2011 comenzaron los conflictos de oriente medio que propiciaron el éxodo de miles de personas por diversas razones, pero principalmente por conflicto armado interno y violencia generalizada (motivos que propiciaran la posterior

⁵⁹⁶. Para la financiación de otras acciones se atribuye una suma mínima anual a cada Estado miembro (esta suma se reduce gradualmente de 500.000 euros en 2000 a 100.000 euros en 2004). El resto de los recursos se distribuirá entre los Estados miembros de acuerdo con las estadísticas de la Oficina Estadística de la Comunidad Europea correspondientes a los tres años anteriores: el 65% en función del promedio de solicitantes de protección internacional y el 35% restante, en función del número de personas admitidas como refugiados o que hayan obtenido protección temporal.

intervención de Europa y EE.UU en Libia), que precisamente dieron origen a la Directiva objeto de este análisis.

Dichos conflictos aún sin terminar, han arrojado cientos de miles de refugiados al mar, buscando las costas italianas, especialmente en la Isla de Lampedusa y Malta; respecto de los arribos a la primera, el Gobierno italiano ha manejado varias cifras que rondaban en un principio (entre abril y mayo de este año), entre los 20.000 y 30.000 refugiados. Ante este fenómeno Italia no ha respetado el principio fundamental del *non refoulement*, y se sabe que ha llevado a cabo prácticas de intervención de barcasas en el mar antes de que estas alcancen costas italianas, para después regresar a las personas hacia países terceros o los de origen propios.

Esta situación, denunciada por Amnistía Internacional, el ACNUR⁵⁹⁷, y otras organizaciones internacionales, ha puesto de manifiesto las deficiencias pragmáticas del sistema de acogida temporal de afluencia masiva de personas y del sistema de asilo de la Unión Europea en términos de acogida y auxilio. Situación que además, ha generado tensiones entre los países comunitarios (principalmente entre Italia y Francia) en lo que respecta a la libre circulación de personas ya acogidas en el espacio europeo, y ha puesto en crisis el Sistema Schengen, evidenciando la falta de solidaridad internacional de la Unión en este sentido y una ausencia real del principio de repartición de la carga, tal y como lo ha denunciado el propio gobierno italiano.

El Parlamento Europeo por su parte, ha pedido a la Unión Europea que acoja temporalmente a las personas que acuden en busca de protección internacional en su territorio, respetando así la Directiva en mención⁵⁹⁸,

⁵⁹⁷.Vid. ACNUR Noticias, “Cientos de personas llegan a Italia procedentes de Libia y Túnez”, martes 16. agosto 2011 11:00, disponible en: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/cientos-de-personas-llegan-a-italia-procedentes-de-libia-y-tunez/>, última visita el 18.08.2011.

⁵⁹⁸.Diario ABC.es, “El PE pide a la UE que acoja temporalmente a refugiados del norte de África”, 05-04-2011, disponible en: <http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=766248>, última visita el 18.08.2011.

mientras que Amnistía internacional ha calificado la política de inmigración y asilo de la Unión como “hipócrita”⁵⁹⁹, después de señalar que hasta el 20 de junio de este año 1.400 inmigrantes y refugiados han muerto ahogados tratando de alcanzar costas europeas, mientras que Egipto y Túnez, en medio de sus conflictos internos, han acogido sin reparo a cientos de miles de refugiados procedentes de Libia⁶⁰⁰.

A manera de conclusión, podemos decir que la Unión, desde el conflicto yugoslavo y la posterior adopción de la directiva sobre protección temporal, no había experimentado tal fenómeno de afluencia masiva en su territorio.

Lamentablemente hemos atestiguado como la simple amenaza de la llegada de millones de personas hacia la Unión ha puesto en jaque el sistema construido a lo largo de todos estos años, y decimos amenaza, porque el grueso de los refugiados se ha dirigido hacia otras zonas del mundo y especialmente hacia Asia y zonas menos conflictivas de Oriente Medio.

Lo cierto es, que tampoco se puede decir que por la vía de acogida de personas desplazadas se vayan a resolver los problemas que generan estos fenómenos, y el ejemplo de Kosovo puede ilustrarnos al respecto, puesto que la afluencia de personas provenientes de esa región en los años noventa, cesó una vez que intervino la OTAN para poner fin a los desplazamientos de personas⁶⁰¹. No sugerimos con este apunte, la intervención a los países que generen éxodos de esta naturaleza como solución al problema, puesto que atentaría contra <el principio de no injerencia> y contra el derecho y principio fundamental, de <la libre autodeterminación de los pueblos>, que además

⁵⁹⁹.Vid. Amnistía Internacional denuncia la hipocresía intrínseca de las políticas migratorias y asilo de la Unión, noticias sobre la Unión, día mundial del refugiado, 20.06.2011., disponible en: <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/amnistia-internacional-denuncia-la-hipocresia-intrinseca-de-las-politicas-migratorias-y-asilo/>, última visita el 18.08.2011.

⁶⁰⁰.Ibídem.

⁶⁰¹.En este sentido, MUÑOZ AUNIÓN, Antonio, op. cit., p. 188.

consagra la Carta de las Naciones Unidas, en este sentido, nuestra comparación no tiene más pretensión que la reflexión.

En suma, teóricamente el sistema de protección temporal, de asilo e inmigración construido por la Unión, se encuentra cada vez más cerca de alcanzar su óptimo desarrollo para un mejor y uniforme tratamiento de las personas que buscan protección internacional, pero su punto de inflexión se encuentra, por una parte, en sí mismo cuando deben aplicarse a la par, de las medidas de seguridad de las fronteras de la Unión, las medidas de entrada para ciudadanos extracomunitarios y las medidas sobre libre circulación de personas; así, por otra parte, en la falta de voluntad política de los Estados miembros para aplicar dicho acervo normativo.

V.8.2. La Determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo.

De conformidad con lo establecido en el Tratado de Ámsterdam (art. 63.1.a) TCE), y posteriormente en el Consejo Europeo de Tampere, el Consejo decide adoptar el Reglamento nº 343/2003 de 18 de febrero de 2003, *por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por una nacional de un tercer país*, (en adelante Dublín II)⁶⁰²

El Reglamento de Dublín II se considera la primera pieza fundamental del SECA, y sustituye al Convenio de Dublín de 1990 (comentado en un apartado anterior), tiene como objetivo identificar adecuadamente al Estado

⁶⁰².Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

miembro responsable del examen de una solicitud de asilo, introduciendo importantes mejoras.

Antes de analizar cualquier diferencia de contenido entre Dublín y Dublín II, debemos señalar ante todo, que la diferencia fundamental entre una y otra norma estriba en su naturaleza jurídica, dado que, frente al ámbito de la cooperación intergubernamental (aunque con tendencia comunitaria) en el que se encontraba el Convenio de Dublín, el nuevo instrumento jurídico se incluye en el derecho Comunitario propiamente dicho, lo que significa, entre otras cosas, que su aplicación es susceptible de ser controlada por la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión.

En cuanto a los principios generales del sistema establecido en Dublín, en Dublín II se sigue por esta línea, manteniendo los aspectos básicos, por lo que, en uno y otro instrumento jurídico se dispone que: un único Estado miembro será responsable del examen de la solicitud de asilo; no obstante todo Estado miembro podrá examinar una demanda incluso si no es responsable en virtud de los criterios indicados en Dublín II, asumiendo los criterios de la Convención de Ginebra para definir al “refugiado” y conceder dicho estatuto.

Respecto del derecho a la unificación familiar, Dublín II mantiene los criterios de Dublín, pero aporta modificaciones y prioriza el criterio de unidad familiar. Así, este será el primer criterio (y de aplicación preferente, dada la presentación jerárquica de los mismos), que ya existía en la regulación de Dublín aunque de forma menos garantista, debido a la ampliación del concepto de familia que Dublín II realiza (además de la citada priorización). De esta forma un Estado miembro será responsable, no sólo del examen de la solicitud de asilo presentada por el solicitante que reside en su territorio, sino que también de la proveniente del familiar del mismo cuya demanda está siendo examinada en ese país o en otro Estado miembro. Este criterio se complementa con la indicación prevista en el Reglamento, sobre el tratamiento

conjunto de las solicitudes de asilo presentadas por varios miembros de una familia⁶⁰³.

En este sentido, se entenderá como familia del solicitante para estos fines: el cónyuge o pareja, los hijos menores que no estén casados y mantengan una dependencia con el solicitante, el padre, la madre o, el tutor en caso de que el solicitante no esté casado y sea menor de edad⁶⁰⁴.

En ese mismo sentido se establece otra importante e inédita aportación de Dublín II, relacionada con el solicitante menor de edad, cuya situación será <indisociable>⁶⁰⁵ de la del padre, madre o tutor que haya presentado una solicitud de asilo.

Como hemos adelantado, en Dublín se mantiene la idea de que un único Estado sea el responsable de examinar la solicitud de asilo, y se acuña la regla general de atribución de la responsabilidad al Estado con mayor protagonismo en la entrada o residencia del solicitante. Si bien, se aprecian ciertas matizaciones en la concreción de los criterios, algunas referentes a la adecuación de los mismos al Reglamento (CE) n° 539/2001, de 15 de marzo de 2001, que instaaura un régimen común de visados en la Unión.

En este sentido, el artículo 4.4 del Reglamento Dublín II, establece que el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el solicitante de asilo será el responsable único de examinar la solicitud del mismo, sin perjuicio de que el solicitante haya presentado previamente una solicitud ante otro Estado miembro, en cuyo caso, el Estado en que se haya presentado dicha solicitud dará aviso al Estado en donde se encuentre el solicitante para que éste último atienda la solicitud.

⁶⁰³ Artículo 7 del Reglamento (CE) n° 343/2003.

⁶⁰⁴.Ibídem, artículo 2.i.

⁶⁰⁵.Ibídem, artículo 4.3.

En otro supuesto relacionado, el artículo 5 regula la ocasión en que un solicitante haya presentado una solicitud de asilo en un Estado miembro, para después anularla y hacer una nueva solicitud ante otro Estado miembro. Ante esta situación, será el primer Estado en que se presentó la solicitud el responsable de terminar el examen, en cuyo caso ese primer Estado deberá readmitir al demandante para concluir el proceso de reconocimiento de la condición de refugiado.

Para determinar al Estado responsable del examen de las solicitudes de varios miembros de una familia, dichos criterios se establecen sobre el principio de la unidad familiar. Así, en el caso de los menores no acompañados, y que tengan un familiar en otro Estado miembro con solicitud en trámite, o bien, en posesión del estatuto de refugiado, ese otro Estado en que se encuentre el familiar será responsable de examinar la solicitud del menor, siempre que esté, dé su conformidad⁶⁰⁶.

De esta forma, en caso de que varios integrantes de una familia presenten solicitud de reconocimiento en distintos Estados, el Estado responsable sería aquel en que se hayan presentado el mayor número de solicitudes de una misma familia, o bien, en el que se haya presentado la solicitud del demandante de mayor edad⁶⁰⁷.

Otros criterios a tener en cuenta son los referentes a los documentos de entrada o estancia. En este sentido, el Estado responsable será el que haya concedido dichos documentos. En el caso de los visados, si un solicitante posee más de un documento, el Estado responsable será el que haya concedido el visado con mayor tiempo de vigencia, y en caso de que el

⁶⁰⁶.Ibídem, artículo 7 y 8.

⁶⁰⁷.Ibídem, artículo 14.

solicitante posea más de un documento de la misma naturaleza, el Estado responsable será el que haya concedido el visado que caduque más tarde.

Respecto de la entrada irregular del solicitante, el Estado responsable será aquel que haya permitido el ingreso de la persona en esas condiciones. Así, si fuese imposible determinar el Estado por el cual ingreso a la Unión el solicitante, el Estado responsable será aquel en el que haya tenido su última residencia habitual.

A falta de más criterios, Dublín II establece que el Estado responsable será aquel donde se presente la solicitud de reconocimiento de la Condición de refugiado, con lo que se pretende zanjar cualquier indeterminación.

En suma, estos son los criterios más trascendentales que se establecen el Reglamento Dublín II en la práctica diaria de los Estados, que una vez calificada como responsables deberán concluir el examen, salvo disposición en contrario de acuerdo con los criterios mencionados. Debemos decir que sin duda el esfuerzo por armonizar los criterios para determinar al Estado responsable del examen de una solicitud de asilo, es en general bastante positivo, sin embargo existen ciertas disposiciones que difieren con el propósito armonizador del SECA.

Así, en primer lugar, podemos referirnos al ámbito de aplicación material del Reglamento Dublín II, el cual se circunscribe exclusivamente a la determinación del Estado responsable de una solicitud de asilo con base en los criterios de la Convención de Ginebra⁶⁰⁸, de tal manera, que se excluye a los Estados de la responsabilidad del examen de otras categorías de personas que solicitan protección internacional, tal es el caso de los apátridas o de los beneficiarios de la protección subsidiaria.

⁶⁰⁸.Reglamento 343/2003, considerando, 5.

En segundo término, el Reglamento Dublín II, guarda silencio respecto de las medidas de devolución o traslado de solicitantes a terceros países u otros países miembros, haciendo simplemente una remisión al derecho nacional de los Estados y bajo los criterios de la Convención de Ginebra, tal y como dispone el artículo 3.3 del Reglamento. Por lo que se echa en falta una disposición que garantice en los supuestos de readmisión a los Estados de solicitantes de asilo, un recurso con efecto suspensivo que permita al solicitante hacer escuchar su voluntad de someterse al examen en un determinado Estado de su elección.

De esta forma, en tercer lugar, tampoco consideramos apropiado informar a los solicitantes de asilo de las disposiciones (incluidos plazos, términos y sus efectos) del Reglamento en mención, a través de un escrito en “una lengua cuya comprensión sea razonable suponerle” (art. 3.4); debido a que tampoco especifica los criterios de tal razonamiento que en primera instancia ejercerán las autoridades administrativas del Estado responsable, y pone en peligro el acceso eficaz al procedimiento de asilo.

V.8.2.1. El Sistema Eurodac.

Otro paso relevante dentro de esta primera etapa armonizadora fue la creación, mediante el Reglamento n° 2725/2000 del Consejo, del llamado sistema “Eurodac” (relacionado con el artículo 63.1.a), *para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín*, de 11 de diciembre del 2000⁶⁰⁹. De este modo se da cumplimiento a otro de los compromisos asumidos en la cumbre de Tampere por los Estados miembros (“terminar rápidamente su labor- del Consejo- relativa al sistema de identificación de los solicitantes de asilo”). Se trata de un mecanismo de registro y comparación de las huellas dactilares de los extranjeros que permite

⁶⁰⁹.Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.

saber si una persona ha solicitado previamente asilo, entrado o pasado por otro Estado, así como la situación legal se su ingreso.

La finalidad del sistema es ayudar a determinar el Estado miembro responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas dentro de la Unión Europea. Sin perjuicio de que el Reglamento Eurodac se pensó para la aplicación del Convenio de Dublín, y este haya sido derogado, dicho Reglamento se continuará aplicando ahora con relación al Reglamento 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero de 2003 (o Dublín II, como antes vimos).

En virtud de la relación que guarda el Reglamento Eurodac, con el derecho a la intimidad de la persona, diversas garantías amparan al extranjero en esta situación, entre ellas, la prohibición de la utilización de los datos dactiloscópicos (y demás personales) para una finalidad distinta de su procesamiento en “Eurodac” a los efectos previstos en el Convenio de Dublín (transpuestos en Dublín II); y el respeto a los derechos y libertades de las personas físicas.

En este sentido, el Reglamento en su exposición de motivos establece que La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, es aplicable al tratamiento de datos personales por los Estados miembros en el marco del sistema Eurodac (punto 15), así como también, deberán observarse en su aplicación, las garantías establecidas en el CEDH y en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁶¹⁰, tratando de llegar a establecer un verdadero equilibrio entre los objetivos de Eurodac y los derechos fundamentales y dignidad de la persona.

⁶¹⁰.Reglamento 2725/2000, artículo 4.

Cabe señalar, que en el proceso de toma y transmisión de datos dactiloscópicos existe una subdivisión de criterios para con los solicitantes de asilo y los extranjeros que cruzan las fronteras exteriores de forma irregular. En ambos casos los datos recabados, consistentes en el registro del país de origen, edad, sexo y un número de referencia (además de los dactiloscópicos), serán acopiados y procesados por una Unidad Central⁶¹¹, pero en el caso de los solicitantes de asilo, se conservaran por un periodo de diez años, siempre y cuando no cambie la situación jurídica del solicitante, adquiriendo por ejemplo la ciudadanía europea, en cuyo caso el registro deberá eliminarse; o bien, el mismo sea reconocido como refugiado y sus datos en todo caso serán bloqueados para los demás Estados miembros por la Unidad Central.

En el caso de los extranjeros irregulares, los datos se guardaran por un periodo de dos años, salvo que el extranjero regularice su situación de estancia en un país miembro a través de la ciudadanía, permiso de residencia o bien, haya salido del territorio de la Unión, en tales supuestos también deberán eliminarse los datos del sujeto.

Este proceso se encuentra controlado por Unidades Nacionales de Control y una Autoridad común de control conformada por representantes de las Unidades Nacionales, así como en última instancia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Teniendo derecho los ciudadanos extracomunitarios a ser indemnizados económicamente en caso de verse perjudicados por el uso indebido de sus datos. Los Estados serán acreedores a sanciones según lo dispuesto por el artículo 25 del Reglamento Eurodac, en caso de hacer mal uso de los datos de los extranjeros, de conformidad con el Reglamento. Dicho artículo no especifica la naturaleza de tales sanciones, no obstante las mismas suelen ser pecuniarias.

⁶¹¹.Reglamento 2725/2000, artículo 3.

Finalmente, el Parlamento Europeo y el Consejo, tienen derecho a ser informados anualmente de las actividades de la Unidad Central del Eurodac, lo que supone, junto con la intervención del Tribunal de Justicia, el complemento de un control político-jurisdiccional del sistema en su conjunto.

V.8.2.2. La propuesta de la Comisión Europea de reformar el sistema Dublín II.

En este sentido, el 3 de diciembre de 2008, la Comisión Europea aprobó una propuesta para modificar el Reglamento Dublín II y el Reglamento Eurodac (sistema Dublín) y mejorar la eficiencia del sistema a través de un texto refundido⁶¹². Así, la principal reforma la supone el título de la Propuesta que amplía el ámbito material de aplicación intercambiando el empleo de <solicitud de asilo> por <solicitud de protección internacional> y se incluye en los supuestos de personas necesitadas aunada a la figura del <nacional de un tercer país>, la figura del <apátrida>.

De esta forma se pretende garantizar que el procedimiento de determinación de la responsabilidad atienda de forma global las necesidades de los solicitantes de protección internacional, con especial referencia a la nueva noción jurídica de la protección subsidiaria introducida por la Directiva 2004/83/CE al acervo SECA. Así, de conformidad con el plan de acción en materia de asilo, la propuesta trata las situaciones de especial presión sobre los sistemas de asilo y las capacidades de recepción de los Estados miembros sobre la base del principio de repartición de la carga.

La propuesta no supone en modo alguno reformas que afecten los principios subyacentes en Dublín, por lo que se sostiene el principio básico de

⁶¹².Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Refundición). COM(2008) 820 final/2 – No publicada en el Diario Oficial.

que el Estado responsable del examen de una solicitud de asilo sea aquel que haya tenido más protagonismo en la entrada y permanencia de un solicitante de asilo, y se incluye en dicho criterio, la determinación de responsabilidad para con los solicitantes de protección subsidiaria u otro tipo de protección internacional. Con lo que se pretende simplemente mejorar las garantías básicas del procedimiento e introducir otras nuevas garantías que respondan a las necesidades de todas las personas que solicitan protección internacional, a través de una ampliación y adecuación de los conceptos, en relación con ciertos principios y criterios previstos para con el solicitante de asilo, tales como el de unificación familiar, las clausulas humanitarias, o la clausula de soberanía.

Nos interesa destacar sobre todo, las modificaciones propuestas respecto de las garantías jurídicas de las personas sometidas al llamado procedimiento de Dublín, entre las cuales se destacan las siguientes:

- “El Reglamento especifica de forma más detallada el contenido, la forma y el calendario para facilitar información a los solicitantes de protección internacional. Además, la propuesta prevé la adopción de un prospecto informativo común que se utilizará en el conjunto de los Estados miembros. Si se informa mejor a los solicitantes de protección internacional de las implicaciones del Reglamento de Dublín, éstos tendrán un mayor conocimiento del procedimiento de determinación de la responsabilidad, lo que puede contribuir, entre otras cosas, a reducir el fenómeno de los movimientos secundarios.
- Se establece el derecho de recurso contra la decisión de traslado, junto con la obligación de las autoridades competentes de decidir sobre la eventual suspensión de la ejecución de dicha decisión, y de permitir a la persona afectada permanecer en el territorio a la espera de que se adopte la decisión. Además, se aclara el derecho a la representación o asistencia jurídica y, en su caso, a la asistencia lingüística, y se

establece con más claridad el proceso de notificación para mayor eficacia del derecho de recurso.

- Se incluye una nueva disposición que recuerda el principio subyacente de que no se puede detener a una persona por el único motivo de haber solicitado la protección internacional.
- Este principio confirma el acervo de la UE en materia de detención y, en particular, la Directiva sobre los procedimientos de asilo, y también garantiza el cumplimiento de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos tales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el Convenio de NU para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Además, para garantizar el carácter no arbitrario de la detención de los solicitantes de asilo con arreglo al procedimiento de Dublín, se proponen los motivos específicos y limitados de detención. El mismo trato dispensado a todos los solicitantes de asilo detenidos, regulado en la propuesta de modificación de la Directiva sobre las condiciones de acogida, deberá aplicarse a los casos del sistema de Dublín. Al igual que en la propuesta por la que se modifica la Directiva sobre las condiciones de acogida, se tiene en cuenta la situación especial de los menores y de los menores no acompañados en las normas específicas que se establecen para ellos. Dado que esta disposición sólo se refiere a los motivos limitados de detención de las personas sujetas al procedimiento de Dublín, es más lógico incluirla en el presente Reglamento que en la propuesta de modificación de la Directiva sobre las condiciones de acogida.
- Se aclaran varias disposiciones con objeto de garantizar la aplicación del principio de acceso eficaz al procedimiento de asilo⁶¹³.

En suma, las medidas que el Parlamento Europeo y el Consejo introducen en la propuesta de Reglamento, nos parecen más garantistas y adecuadas en

⁶¹³.Ibídem. Punto, 3. *“Garantías jurídicas para las personas sometidas al procedimiento de Dublín”*.

su conjunto con los propósitos del SECA. Habrá que decir que la iniciativa de hacer parte al ACNUR y otras organizaciones internacionales, de las discusiones que han llevado a la conclusión de tales medidas, es sin duda un gesto de voluntad política de las instituciones comunitarias de avanzar en la construcción global de un SECA más eficaz, eficiente y realista⁶¹⁴. No obstante, nos queda señalar que al igual que en otras normas comunitarias, se sigue excluyendo de derecho, a los ciudadanos de la Unión como eventuales sujetos que pudieran necesitar protección internacional.

Por otro lado, sigue sin tenerse en cuenta la figura del <refugiado climático>, situación preocupante sobre todo porque no es tema sujeto a los debates y discusiones sobre la ampliación de nuevas figuras de personas que necesiten algún tipo de protección internacional, aún cuando el Tratado de Lisboa en su Título XX, sobre Medio Ambiente, contempla entre sus objetivos: la protección de la salud de las personas; el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente; y particularmente la lucha contra el cambio climático⁶¹⁵.

Así también, el Capítulo 3, relativo a la Ayuda Humanitaria, marca como principal objetivo de la Unión (como antes vimos), *“el prestar asistencia y*

⁶¹⁴. Véase, los “Comentarios del ACNUR sobre la Propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos para la determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o por un apátrida (“Dublín II”) (COM(2008) 820, de 3 de diciembre de 2008) y la Propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento del sistema «Eurodac» para el cotejamiento de huellas dactilares para la aplicación efectiva del [Reglamento de Dublín II] (COM(2008) 825, de 3 de diciembre de 2008)”, párrafo 3:

“(…)el ACNUR celebra la iniciativa de la Comisión Europea de proponer enmiendas a los instrumentos de Dublín para “garantizar que las necesidades de los solicitantes de protección internacional sean globalmente atendidas”,⁸ incluyendo en aquellas “situaciones donde existen niveles de protección insuficientes” así como para reforzar la “eficacia” y atender a las situaciones en las que los Estados miembros carecen de la capacidad para manejar un número considerable o aumento repentino del número de solicitudes de asilo. En opinión del ACNUR, estos objetivos pueden alcanzarse simultánea y coherentemente mediante la introducción de enmiendas pertinentes a los actuales instrumentos. En especial, no resulta necesario, ni debe satisfacerse la exigencia de mayor eficacia mediante la reducción o eliminación de salvaguardias en detrimento de los derechos básicos de los solicitantes”.

⁶¹⁵. Artículo 191 (antiguo art. 194 TCE), del Tratado de Lisboa.

*socorro a las poblaciones de los terceros países víctimas de catástrofes naturales o de origen humano, y protegerlas, para hacer frente a las necesidades humanitarias resultantes de esas diversas situaciones*⁶¹⁶.

V.8.3. Normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

En el contexto de la Unión, las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo juegan un papel trascendental. Las circunstancias de acogida del solicitante suelen ser muy diferentes en los Estados, lo que depende en gran medida de las políticas nacionales radicalmente dispares, estrechamente relacionadas con las condiciones políticas, económicas y sociales de cada país.

En la consecuente asunción de compromisos asumidos por los Estados miembros en el Tratado de Ámsterdam (art. 63.1 b) TCE), y reiterados en el Consejo Europeo de Tampere⁶¹⁷, de establecer unas normas mínimas de acogida de los solicitantes de asilo en la Unión Europea, es adoptada por el Consejo la Directiva 2003/9/CE ⁶¹⁸, que establece un conjunto de derechos de los que se benefician en principio todos los solicitantes de asilo durante el tiempo que dure el procedimiento del reconocimiento de la condición de refugiado, periodo por el que los Estados miembros responsables de examinar la solicitud de asilo, deberán avalar.

Dicha Directiva, supone un paso importante en la regulación sustantiva del derecho de asilo, cuyo objetivo es, mediante la configuración de un estatuto

⁶¹⁶.Artículo 214.1, del Tratado de Lisboa.

⁶¹⁷.COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, SECRETARIAT GENERAL, « Conseil Européen-Tampere, 15 & 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence », SI (1999), Bruxelles, le 16 octobre 1999, punto 14.

⁶¹⁸.Directiva 2003/9/CE, del 27 de enero de 2003, por la que se aprueban las *normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros*. DOCE L 31, de 6 de febrero de 2003.

de vigencia temporal, proporcionar cierto grado de justicia a un sistema que, hasta ese momento, se había ido construyendo atendiendo más a la eficacia, sin tener en cuenta las condiciones de vida de los solicitantes y su dignidad humana.

A través de este instrumento jurídico, se pretender lograr la homologación de las condiciones de acogida, con base en el principio de “reparto de carga” que subyace en todo el SECA, actuando en paralelo, sobre los indeseados “movimientos secundarios” de los solicitantes hacia otros países que ofrezcan mejores condiciones, lo que supone una carga injusta para los Estados que garantizan más ampliamente los derechos de los solicitantes⁶¹⁹.

Se pudiera pensar, como algunos han reflexionado, que el hecho de que la Directiva permita establecer regímenes de acogida más favorables (art. 4), pudiera ser factor para motivar el movimiento de los solicitantes de asilo hacia esos sitios que sean más generosos⁶²⁰. Sin embargo a nuestro juicio, para resolver esas cuestiones, aunque se antojan difíciles, la herramienta ideal sería el sistema de Dublín II; de forma tal, que se permita desarrollar con la Directiva de acogida un régimen más benévolo y de conformidad con las necesidades de las personas que lo solicitan, sin que suceda un problema de duplicidad de solicitudes de asilo en diferentes Estados miembros.

En lo referente a su ámbito de aplicación, la directiva establece las condiciones para limitar o privar de tales derechos a sus destinatarios (abuso de derecho, razones de seguridad, retirada de solicitud o desaparición injustificada del destinatario en cuestión). Asimismo, contempla una serie de disposiciones particulares para solicitantes de asilo en condiciones de especial

⁶¹⁹.Directiva 2003/9/CE, considerando, 8.

⁶²⁰.En este sentido, FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria, op. cit., p.107.

vulnerabilidad (menores, discapacitados, ancianos y víctimas de discriminaciones y explotaciones).

Debemos señalar, además, que la indicada Directiva (al igual que otras del acervo SECA comentadas en este trabajo), si bien considera las solicitudes de protección internacional de forma global, entendidas todas, en todo caso, como solicitudes de asilo en el sentido de la Convención de Ginebra (salvo que el solicitante diga otra cosa), no se refiere *expressis verbis*, a la obligación de los Estados de acoger en ese marco normativo mínimo a solicitantes de otro tipo de protección internacional, con lo cual nuevamente nos encontramos con falta de disposición normativa en lo referente a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria desarrollado por el SECA⁶²¹. Así también, se excluye de manera expresa a los beneficiarios de la Directiva 2001/55/CE, o Directiva sobre los desplazamientos masivos de personas⁶²².

En cuanto a las condiciones generales de acogida, el capítulo II de la Directiva, establece en primer lugar, que deberá informarse al solicitante de los derechos y obligaciones que le corresponden (dentro de un plazo que no exceda los 15 días), de las organizaciones que pueden prestarle ayuda o asistencia legal.

En cuanto a los documentos, los Estados expedirán un documento de identidad al solicitante (en un plazo de 3 días), que indique su situación en el País, y eventualmente podrán expedir documentos de viaje. Cabe recordar, que la inexistencia de fronteras interiores en la Unión, permite de *facto* la movilidad de los solicitantes por el territorio de los Estados parte, con lo cual, reiteramos nuestro juicio de que la herramienta *ad hoc* para evitar el abuso del sistema de asilo, deberá ser el sistema Dublín II comentado anteriormente.

⁶²¹.Directiva 2003/9/CE, artículo 2, b.

⁶²².Ibídem, artículo 3.3.

La libertad circulatoria de los solicitantes en el territorio del Estado de acogida, es por regla general permitida, pero existen ciertas circunstancias (desafortunadamente tan recurrentes en las prácticas de los Estados, que parecen ser la regla más que la excepción⁶²³), tales como: la designación de un lugar de residencia por razones de interés público u orden público, en el cual el solicitante estará sujeto a ciertas limitaciones de libertad circulatoria, a cambio de las prestaciones de acogida; o bien, el confinamiento en un lugar determinado con motivo de la tramitación acelerada o supervisión de la solicitud de asilo, circunstancias que deberán figurar en su documento de identidad proporcionado por el Estado de acogida⁶²⁴.

De esta forma, los Estados miembros se obligan a garantizar, una serie de condiciones materiales de acogida, tales como: alojamiento, alimentación y vestido, atención médica y psicológica, acceso al sistema educativo para los menores, así como a los cursos de idiomas cuando sea necesario (ayuda proporcionada en forma pecuniaria, vales de canje o, en especie). Además, no podrán prohibir a los solicitantes de asilo el acceso al mercado laboral y a la formación profesional pasados seis meses a partir de la fecha de presentación de la solicitud; y deberán adoptar las disposiciones convenientes a efectos de preservar la unidad familiar⁶²⁵.

La atención sanitaria incluye, eventualmente un reconocimiento médico por razones de salud pública, y como mínimo los cuidados de urgencias y tratamiento básico de enfermedades⁶²⁶, incluidos los solicitantes que presenten necesidades especiales.

⁶²³. Ya hemos comentado en un apartado anterior, que las prácticas de acogida de los Estados suelen ser recurrentes en retenciones o confinamientos de los solicitantes, lamentablemente en formas inhumanas, y muchas veces se internan en centros penitenciarios sin distinción de los presidiarios por delitos comunes, y con escasas oportunidades de salir a lugares al aire libre. Estas y otras circunstancias se han puesto de relieve en los Reportes del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Capítulo IV.4.4. de este mismo trabajo.

⁶²⁴. Directiva 2003/9/CE, artículos 6 y 7.

⁶²⁵. *Ibidem*, capítulo II.

⁶²⁶. *Ibidem*, artículo 13.

De las prestaciones concedidas por los Estados, se deja la posibilidad de que en algunos casos, estos puedan exigir a los solicitantes la retribución total o parcial de las mismas. Las condiciones de retirada de las prestaciones, se recogen el artículo 16 de la Directiva, lo que dará lugar cuando el solicitante: no cumpla con sus obligaciones de proporcionar información requerida por el Estado, abandone sin permiso el lugar de residencia, o bien, haya presentado una nueva solicitud de asilo.

En suma, las medidas de acogida previstas en este instrumento jurídico, resultan ser redundantemente mínimas, que en la mayoría de los casos se encuentran muy por debajo de las condiciones de acogida previstas en los sistemas nacionales en virtud de sus obligaciones contraídas en el derecho internacional humanitario, de los refugiados y, en general del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo que, la importancia real de la Directiva en mención, radica fundamentalmente, en dar ese primer paso con el propósito de homogenizar las condiciones de acogida en el contexto de la Unión, lo que supone una brecha abierta hacia el camino de la construcción de un marco mínimo de garantías uniforme, más eficaz y garantista.

En este sentido, cabe referirse a continuación, a la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo hecha en el 2008, encaminada a mejorar las condiciones de acogida y la eficacia del sistema, de la cual nos referiremos brevemente a continuación.

V.8.3.1. Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

La Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo, nace con el propósito de sustituir a la Directiva 2003/9/CE sobre la acogida de solicitantes

de asilo, con base en los resultados de la evaluación hecha por la Comisión sobre la misma en el 2007, y las contribuciones hechas por las Partes en el llamado “Libro Verde” sobre el futuro sistema europeo común de asilo (COM (2007) 301). Estas conclusiones dotadas de un alto valor pragmático, han puesto en evidencia las deficiencias del sistema de acogida, atribuibles principalmente al amplio margen discrecional de los Estados. Así, en un esfuerzo por mejorar la eficacia del SECA, la Propuesta de la Comisión se dirige a garantizar mejores condiciones materiales de acogida en los Estados miembros. En concreto, la propuesta modifica los siguientes aspectos:

- “el ámbito de aplicación de la Directiva, ampliándolo para abarcar también a los solicitantes de protección subsidiaria. La Directiva se aplicará a todos los tipos de procedimientos de asilo, independientemente de las zonas geográficas e instalaciones que acojan a solicitantes;
- el acceso al mercado laboral, que se facilitará permitiendo a los solicitantes acceder al empleo tras un período máximo de seis meses desde la presentación de una solicitud de asilo, e impidiendo a los Estados miembros que limiten este acceso a través de las condiciones de acceso al mercado laboral nacional;
- el beneficio de las condiciones materiales de acogida, que deben proporcionar un nivel de vida adecuado a los solicitantes de asilo. A la hora de conceder ayudas económicas a los solicitantes de asilo, los Estados miembros deberán tener en cuenta el nivel de asistencia social de que gozan los nacionales, así como los factores de sexo y edad y la situación de las personas con necesidades especiales cuando se les asigne un alojamiento. Al mismo tiempo, se limitarán las circunstancias en las que puede retirarse totalmente el beneficio de las condiciones de acogida;
- el internamiento, que sólo se permitirá en casos excepcionales. Los solicitantes de asilo internados deberán ser tratados con el debido respeto de sus derechos fundamentales y de conformidad con los Derechos internacional y nacional. También se deberá prestar a los grupos vulnerables la atención que necesiten. En cuanto a los menores no acompañados, se establece que en ningún caso podrán ser internados;

- personas con necesidades particulares. Los Estados miembros tendrán que poner en práctica medidas para identificar estas necesidades y establecer las condiciones de acogida en consecuencia. Es preciso hacer especial hincapié en el acceso a la atención sanitaria, el alojamiento y la educación de los menores;
- aplicación y mejora de los sistemas nacionales de acogida a través de su supervisión y control, e informando constantemente de su situación a escala comunitaria y nacional”⁶²⁷.

Merece la pena destacar de esta segunda etapa de armonización propuesta por la Comisión, que se tiene en cuenta especialmente el desarrollo evolutivo de la jurisprudencia del TEDH, así como el derecho internacional⁶²⁸, logrando en suma, una mejor adecuación del sistema de acogida con los propósitos del SECA y con el respeto integral de los derechos humanos y la dignidad de los solicitantes de protección internacional.

V.8.4. La Directiva reguladora del derecho a la reunificación familiar.

En septiembre del 2003 se aprueba en el seno del Consejo de Ministros de la Unión Europea la directiva 2003/86/CE *reguladora del derecho a la reunificación familiar*. La actuación en este ámbito no sólo repercute en el potencial reencuentro de numerosas familias, sino que también constituye un

⁶²⁷. Síntesis de la legislación de la Unión Europea, “Libre circulación de personas, asilo e inmigración”, disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_a_sylum_immigration/l33150_es.htm, última visita el 23.09.2011.

⁶²⁸. Vid. La Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (2008/0244 (COD)), punto 3. Aspectos jurídicos de la propuesta: “En el marco de la segunda fase de la legislación sobre el asilo, la presente propuesta tiene como objetivo fundamental establecer normas más exigentes en lo que respecta a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo, que les garanticen un nivel de vida digno, de acuerdo con el Derecho internacional. También es necesaria una mayor armonización de las reglamentaciones nacionales sobre las condiciones de acogida para limitar el fenómeno de los movimientos secundarios de los solicitantes de asilo entre Estados miembros, en la medida en que éstos se deriven de las divergencias entre las diferentes políticas de acogida nacionales”.

instrumento fundamental para facilitar la integración de nacionales de terceros países en el territorio de la Unión Europea. Esta directiva no sólo establece los términos de concesión del derecho a la reunificación familiar a los nacionales de terceros países que residen legalmente en territorio de la Unión, sino que también, regula los derechos que los miembros de la familia involucrados en tal proceso de reunificación podrán disfrutar una vez se encuentren en el país de acogida.

El derecho de reagrupación o unificación familiar sin embargo, no va a ser automático para todos los extranjeros legalmente resididos, si no que va ser condicionado y selectivo, con lo cual el ámbito de aplicación personal de este instrumento jurídico, recae sobre los nacionales de terceros países que posean un permiso de residencia en un Estado miembro para un periodo de al menos un año y con perspectivas razonables de obtener el derecho a residir de manera permanente si los miembros de su familia son nacionales de terceros Estados, independientemente de su estatus⁶²⁹.

De esta forma excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los solicitantes de asilo, beneficiarios o solicitantes de protección temporal y a beneficiarios de otras formas de protección internacional subsidiarias⁶³⁰, así como también, los Estados podrán negar el derecho a la reagrupación familiar por razones de seguridad pública, orden público o salud pública⁶³¹. Los refugiados ya reconocidos como tales, por los Estados miembros, si están incluidos en el ámbito de esta directiva, pero se les aplicarán criterios específicos en determinadas situaciones (dada su especial situación de vulnerabilidad).

⁶²⁹.Directiva 2003/86/CE, artículo 3.

⁶³⁰.Esta exclusión ha sido criticada desde el ámbito de la sociedad civil y las Organizaciones No Gubernamentales. Así, por ejemplo, “*el European Council on Refugees and Exiles*” (ECRE) recomienda la inclusión de los beneficiarios de protección temporal o de formas de protección subsidiaria en el ámbito de aplicación de la directiva. ECRE: *Broken Promises – Forgotten Principles. An ECRE evaluation of the development of EU minimum standards for refugee protection. Tampere 1999- Brussels 2004*, ECRE EU Office, Brussels, 2004, p. 36

⁶³¹.Directiva 2003/86/CE, artículo 6.

La definición de “miembros de la familia” aportada por esta norma incluye a el/la cónyuge del solicitante, los hijos menores y solteros de ambos (incluidos los adoptados) y los hijos menores, solteros y dependientes bajo la custodia del solicitante o de su esposa, así como a los ascendentes de primer grado de los menores no acompañados.

Los Estados miembros pueden autorizar la entrada de la pareja de hecho del solicitante, de hijos mayores pero dependientes y de ascendentes mayores y dependientes. Los Estados pueden, entre otras cosas, requerir que el solicitante haya residido legalmente en el país por un cierto periodo de tiempo antes de autorizar la entrada de los miembros de su familia, o restringir el derecho a reunificación familiar a niños mayores de 15 años que lo soliciten.

Esta regulación ha sido tachada de restrictiva por parte de múltiples sectores⁶³², y el Parlamento Europeo ha requerido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) para que se pronunciara sobre la compatibilidad de tal regulación con diferentes instrumentos internacionales reguladores de derechos humanos, como el CEDH (concretamente, en su art. 8) o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art.7), texto con los que, según el considerando de la Directiva, se encuentra de conformidad. En este sentido, el Parlamento Europeo pidió al TJCE la anulación de algunas disposiciones de la Directiva, particularmente los relativos a la vida familiar y a la no discriminación⁶³³. Concretamente se refirió a las disposiciones de la Directiva que autorizan a los Estados miembros a exigir:

⁶³².Según ECRE, estas disposiciones tan restrictivas ponen en serio peligro la efectiva integración de los nacionales de terceros Estados en las sociedades de acogida, ECRE: *Broken Promises – Forgotten Principles An ECRE evaluation of the development of EU minimum standards for refugee protection. Tampere 1999- Brussels 2004*, ECRE EU Office, Brussels, 2004, pag. 36.

⁶³³.Decisión del Tribunal de Justicia, de 27 de junio de 2006, sobre el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo contra la Directiva (asunto C-540/03).

- *“que el niño mayor de 12 años tenga que superar una prueba de integración antes de reunirse con la familia del reagrupante;*
- *que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores se depositen antes de que éstos hayan alcanzado la edad de 15 años;*
- *que el reagrupante lleve un tiempo viviendo en el país de residencia antes de que los miembros de su familia puedan reunirse con él;*
- *un período de espera de tres años entre el momento en que se presente la solicitud y aquel en que los beneficiarios de la reagrupación puedan obtener un permiso de residencia, cuando la legislación existente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la presente Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida”⁶³⁴.*

El TJCE, desestimó dichas alegaciones por considerarlas sin fundamento, en los siguientes términos:

- *“los distintos textos relativos a los derechos fundamentales no crean un derecho subjetivo para los miembros de una familia a ser admitidos en el territorio de un Estado miembro;*
- *imponer una prueba de integración no es ilegal. La posibilidad para los Estados miembros de examinar si un menor cumple un criterio de integración, deja a dichos Estados un margen de apreciación limitado que no difiere del que les reconoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia;*
- *las disposiciones de la Directiva autorizan a los Estados a denegar el beneficio de la reagrupación a los niños que no presenten la solicitud antes de los 15 años de edad, pero no prohíbe en modo alguno a los Estados atender una solicitud que emane de menores de más de 15 años de edad;*
- *para las disposiciones recurridas que introducen los límites de edad de 12 y 15 años (véase párrafo anterior), el Tribunal Europeo de Derechos*

⁶³⁴.Vid. “Summaries of EU legislation” < Justice, Freedom and Security> Free movement of persons, asylum and immigration>”, la traducción es nuestra, disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/133118_en.htm, última visita el 23.09.2011.

Humanos admite y utiliza la edad como criterio. Los límites de 12 y 15 años corresponden a etapas de la vida de un menor tras las cuales la integración del mismo puede plantear más dificultades;

- *la inserción de un período de espera tiene por objeto garantizar que la reagrupación se haga en buenas condiciones;*
- *la Directiva exige que, al aplicar cada una de estas disposiciones recurridas, cuando los Estados miembros examinen las solicitudes de reunificación familiar tengan en cuenta las otras circunstancias a que se refiere la Directiva y, en particular: el interés mejor del menor, el carácter y solidez de los vínculos familiares del interesado y la duración de su período de residencia en el Estado miembro, así como la existencia de vínculos familiares, culturales o sociales con su país de origen*⁶³⁵.

Debemos decir, que no estamos del todo de acuerdo con el razonamiento de TJCE en algunos puntos, ya que se limita a decir, que las disposiciones de la Directiva no violan ningún derecho de los extranjeros, puesto que, efectivamente, no los tienen. Estamos de acuerdo, que independientemente de que la Directiva en mención deja un amplio margen discrecional de actuación a los Estados, el permitir la entrada y residencia de extranjeros en territorio de un Estado, aún es competencia de los Estados con base en su soberanía nacional.

Sin embargo, al margen del fundamento jurídico de las disposiciones de la Directiva, creemos que algunas disposiciones son altamente discriminatorias, tanto en lo referente a la aplicación de la Directiva por criterios de edad del menor, así como en la distinción de los beneficiarios de protección subsidiaria, de los beneficiarios del estatuto de refugiado, partiendo del principio de que el estado de vulnerabilidad de estas personas no guarda diferencias sustanciales.

Por otro lado, conviene señalar, que ni en las alegaciones del Parlamento ni en el razonamiento del TJCE, encontramos mención alguna a las cláusulas de exclusión de la Directiva, en el sentido de qué, tal y como hemos dicho *supra*,

⁶³⁵.Ibídem.

el artículo 6 de la Directiva dispone que los Estados podrán negar el derecho de entrada y residencia a los familiares del reagrupante, por razones de orden, seguridad y salud pública. Esta situación no ha pasado desapercibida por el ACNUR⁶³⁶, el cual señala que los criterios de exclusión, por razones de orden y seguridad pública, son hasta cierto punto compatibles con el artículo 32 de la Convención de Ginebra, que contempla las causas de expulsión del refugiado por mismas razones, no obstante, es incompatible con ese texto la negación de la entrada o residencia de un familiar del reagrupante, por razones de salud.

Por último, cabe decir que el “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 8 de octubre de 2008”⁶³⁷, ha puesto de relieve serias complicaciones de aplicabilidad de la Directiva, al mencionar que, si bien la gran mayoría de los Estados parte han podido transponer la norma al derecho nacional y todos reconocen el derecho subjetivo del extracomunitario a la reagrupación familiar, en algunos casos ciertos Estados han aplicado de forma incorrecta la Directiva, además existe una enorme disparidad de criterios de aplicación entre los Estados miembros, en virtud, nuevamente, de la ambigüedad de los conceptos empleados.

En suma, se establece un régimen de normas mínimas para el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, altamente confuso, que ha dado lugar a su incorrecta aplicación y un alto grado de certidumbre para el reagrupante, los posibles reagrupados y los mismos Estados parte.

⁶³⁶.Vid. Comentarios del ACNUR, sobre “la propuesta de la Comisión para crear una Directiva del Consejo sobre el Derecho a la Reunificación Familiar”, 9 de marzo del 2000, punto 3.b, “Causas de exclusión”.

⁶³⁷.Vid. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 8 de octubre de 2008, relativo a “la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar”, COM(2008) 610 final, (no publicado en el Diario Oficial).

V.8.5. La Directiva de cualificación para obtener el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria. Hacia una nueva forma de protección internacional.

La aceptación a trámite de una solicitud de asilo o de otra forma de protección internacional, requiere de forma consecuente la adopción de una decisión por parte de los Estados miembros que determine si se concede, o no, dicha protección. En este sentido, y en coherencia con el desarrollo del SECA y sus normas mínimas, el 30 de abril de 2004 el Consejo de la Unión Europea aprobó la Directiva, *“por la que se establecen las normas mínimas relativas a las condiciones que deben cumplir los nacionales de países terceros y los apátridas para obtener el estatuto de refugiados o las personas que, por otras razones, necesitan la protección internacional, y relativas al contenido de estos estatutos”*⁶³⁸.

De esta forma se va a establecer una definición común de refugiado, y lo que nos parece aún más importante, se introduce y define un nuevo estatuto de protección internacional para las personas merecedoras y necesitadas de la misma (conocida en adelante como protección subsidiaria). Así también, se van a establecer los criterios para reconocer dichos estatutos y los derechos y obligaciones inherentes a los mismos.

La directiva, se aplica por tanto, en lo que se refiere al refugio *stricto sensu*, a toda solicitud presentada en la frontera o en el territorio de un Estado miembro, con base en los criterios de la multicitada definición de refugiado del Convenio de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967. A tales efectos se requerirá la constatación de elementos tradicionales como: la existencia de una “persecución”, lo que abarca varios supuestos, tales como ataques graves por razón de la raza, la religión, la nacionalidad o las opiniones políticas; medidas

⁶³⁸.Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

legales, administrativas de policía o judiciales aplicadas de manera discriminatoria, y actuaciones o sanciones penales aplicadas también de manera discriminatoria.

Aunado a dichas disposiciones, se reconoce de manera expresa como motivos de discriminación, el género y la orientación sexual⁶³⁹. Así también, es indiferente que la persecución provenga del Estado, los partidos o las organizaciones que lo controlan o determinados agentes no oficiales, siempre que el Estado no quiera o no pueda conceder la protección efectiva⁶⁴⁰. Cabe señalar, que la situación de persecución deberá darse en todo el territorio nacional del país de origen del solicitante, sin excepción de región alguna que pueda considerarse segura, de lo contrario cabrá la posibilidad de que el Estado de asilo envíe de regreso a dicha zona al solicitante.

Por otro lado, la directiva establece que la protección subsidiaria podrá reconocerse a la persona que, estando fuera del ámbito de la definición de refugiado, no pueda, sin embargo, regresar a su país de origen porque teme ser objeto de torturas, tratamiento inhumano o degradante, una grave violación de sus derechos individuales, o una amenaza contra su vida, seguridad o libertad debido a una violencia no específica vinculada a un conflicto armado o a violaciones sistemáticas o generalizadas de derechos humanos⁶⁴¹.

Dicha protección surge con el propósito principal de desahogar el sistema de asilo de la Unión, tan castigado en los últimos años, entre otros factores, por el uso fraudulento que algunos inmigrantes económicos le han solido dar. Así como también, pensando en las nuevas tendencias de la

⁶³⁹.Vid. *INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION-BELGIUM, Council meeting: Justice and Home Affairs, 29-30, disponible en: http://www.belgium.iom.int/index.asp?Selected=2&News_ID=160&sm=181*. Última visita el día 12.09.2008.

⁶⁴⁰.Con esta Directiva se deja atrás, la noción acuñada por la Posición Común relativa a la definición del término refugiado (96/196/JAI) de 4 de marzo de 1996, con la que se desconocía como persecución a las amenazas que vinieran de grupos o grupúsculos ajenos al Estado.

⁶⁴¹.Directiva 2004/83/CE, artículo, 15.

protección internacional hacia el reconocimiento de nuevas circunstancias de huida en que se amerita protección, que no se encuentran contempladas específicamente por la Convención de Ginebra y que los Estados temerosamente avanzan en el reconocimiento de las mismas. De estas nuevas razones que merecen protección para el SECA, habrá que decir nuevamente que se echa en falta la alusión a los desastres naturales a causa del cambio climático, puesto que tal y como hemos dicho antes, dicha razón se perfila en un futuro cercano como la causa más importante de desplazamientos masivos de personas y, de generar refugiados climáticos también a título personal (así reconocidos por ACNUR)⁶⁴².

Los motivos de exclusión y de cese, básicamente también van a ser los clásicos del derecho internacional, para la concesión de ambos estatutos (los establecidos en la Convención de Ginebra). De esta forma, no se consideraran acreedores de los estatutos de protección: las personas que hayan cometido un crimen de guerra, contra la humanidad o contra la paz, que hayan cometido un grave crimen de derecho común, o bien, actos contrarios a los principios de Naciones Unidas. Solamente con una aportación propia de la Directiva, con la cual, tampoco se otorgará protección si el solicitante representa un peligro para la comunidad o la seguridad del Estado de acogida⁶⁴³.

En lo que respecta a las causas de cesación, cabe mencionar como novedad la cesación del estatuto de protección subsidiaria cuando las autoridades nacionales de los Estados demuestren, sin más causas específicas, que la persona ya no necesita protección internacional, lo que deja al margen en toda regla, el elemento subjetivo de la persona, sin importar su

⁶⁴².ACNUR, Mesa redonda de expertos: "Cambio Climático y desplazamiento: identificación de vacíos y respuestas", Mesa redonda de expertos, Centro de Conferencias de *Bellagio*, 22-26 de febrero de 2011.

⁶⁴³.Directiva 2004/83/CE, artículo 17.1 d.

temor o razones de no querer acogerse a la protección de sus país de origen⁶⁴⁴.

En lo referente al contenido de los estatutos, los Estados miembros deberán garantizar a los beneficiarios del estatuto de refugiado o de protección subsidiaria una gama de derechos entre los que figuran: el de no ser expulsado, a la información en una lengua comprensible, a un permiso de residencia, a circular dentro del país que le ha reconocido como refugiado y a viajar fuera del mismo, a ejercer una actividad asalariada, al acceso del sistema educativo para niños y cursos de reciclaje profesional para adultos, a un alojamiento adecuado, a programas que faciliten la integración en la sociedad y, al regreso voluntario a su país. Una especial atención deberá garantizarse a ciertas categorías de sujetos que se hallan en una situación de mayor vulnerabilidad, tales como los menores, las personas con minusvalías, los ancianos, las mujeres embarazadas o que han sido víctimas de una importante discriminación, así como los enfermos físicos o mentales.

Sin perjuicio de lo anterior, existen en la directiva cierta diferenciación de derechos entre un estatuto y otro, así por ejemplo, el permiso de residencia para el estatuto de refugiado será como mínimo de tres años, a diferencia del estatuto de protección subsidiaria que será como mínimo de un año; ambos con posibilidad de renovación⁶⁴⁵. En lo que se refiere al acceso al mercado laboral, los beneficiarios del estatuto de refugiado, podrán realizar actividades económicas por cuenta ajena o propia, de conformidad con las legislaciones nacionales en materia laboral y empresarial, o relacionadas con la actividad profesional o de las administraciones públicas; en cambio, los beneficiarios de la protección subsidiaria estarán sujetos a la situación del mercado de trabajo y en todo caso, a la consideración del Estado responsable⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴.Ibídem, artículo 19.4.

⁶⁴⁵.Directiva 2004/83/CE, artículo 24.

⁶⁴⁶.Directiva 2004/83/CE, artículo 26.

De esta forma, en lo referente a la formación profesional, ocupacional o trabajos técnicos, los beneficiarios del estatuto de refugiado llevan ventaja sobre los beneficiarios de la protección subsidiaria, en tanto que los primeros tendrán acceso a dichos beneficios de forma equiparable a los nacionales, mientras que los segundos no, y por lo tanto quedarán sujetos a los criterios del Estado que se trate.

En suma, esta primera aproximación por parte del SECA a nuevas formas de protección de manera comunitaria, sin perjuicio de las marcadas diferencias entre las limitadas prerrogativas de los refugiados y las de los beneficiarios de la protección subsidiaria aún más limitadas, no puede ser más que positiva. Sin embargo, prevalecen ciertas carencias de criterios para llevar acabo de forma más eficaz la identificación de uno y otro estatuto, teniendo en cuenta que cada vez más, las diferencias entre los refugiados y los inmigrantes por distintas razones, como la pobreza, el hambre, los cambios drásticos del clima, entre otras, son cada vez menos claras.

Además, cabe mencionar en este sentido, el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 16 de junio de 2010, sobre la aplicación de la Directiva objeto de este estudio⁶⁴⁷, que pone de relieve las complicación que han tenido los Estados miembros en la transposición de las disposiciones de la Directiva en el derecho nacional, que no se han realizado en los tiempos establecidos, y que además se han hecho de forma distinta, en el sentido de que unos Estados se han apegado a los mínimos en cuanto al reconocimiento de derechos, y otros sin embargo han sido más generosos.

⁶⁴⁷. Véase, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 16 de junio de 2010, sobre la aplicación de la Directiva 2004/83/CE de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. COM(2010) 314 final – no publicado en el Diario Oficial.

De esta forma, la Comisión opina que otras complicación de aplicabilidad, surgen en virtud de la ambigüedad inherente de los conceptos empleados por la directiva, tales como: <los agentes de persecución> o la <protección internacional>. Con todo lo dicho, nos queda la sensación que los problemas de que adolece la Directiva en análisis, no son distintos de los que adolecen otras normas del SECA aquí comentadas, tales como el tema de la transposición de la norma comunitaria al derecho nacional, o el amplio uso de los conceptos jurídicos indeterminados, lo cual es propio de los problemas tradicionales del derecho internacional clásico.

Lo que si interesa señalar, es como el amplio margen discrecional de los Estados, puede ser factor en la correcta o incorrecta identificación del refugiado o del necesitado de protección subsidiaria, así como también, es preocupante la poca generosidad mostrada por los Estados al vaciar cada vez más el contenido de derechos el estatuto de refugiado.

V.8.6. La Directiva de normas comunes para el procedimiento de asilo.

De conformidad con lo acordado en el Consejo Europeo de Tampere y en virtud del artículo 63 del Tratado de Ámsterdam, es adoptada el 1 de diciembre del 2005, la Directiva *“sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado”*(en adelante la DPA)⁶⁴⁸.

De esta forma, se pretende conseguir uno de los objetivos centrales del SECA, consistente en armar un marco normativo mínimo de procedimiento común entre los Estados miembros para otorgar o retirar el estatuto de refugiado y/o protección subsidiaria de forma más eficaz, acorde a la Convención de Ginebra de 1951 y de conformidad con la Carta de derechos

⁶⁴⁸.Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

fundamentales de la Unión. A estos efectos, los Estados miembros deberán examinar las solicitudes que se presenten considerando principalmente “la sustancia”⁶⁴⁹ de la petición, es decir, si el solicitante cumple con los requisitos de refugiado de conformidad con la Directiva 2004/83/CE, de cualificación para obtener el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria (antes comentada).

En cuanto a los casos de exclusión al procedimiento previstos, los Estados miembros quedarán exentos de tal obligación, en los supuestos en que pueda “razonablemente suponerse”⁶⁵⁰ que otro Estado efectuaría dicho examen o garantizaría de forma suficiente la protección. Así, con la finalidad de reducir los movimientos secundarios de los solicitantes, la DPA exige de responsabilidad de admitir a procedimiento la solicitud, cuando el solicitante mantenga cierta relación con un tercer país, cuyo nexo permita suponer razonablemente a los Estados miembros, con base en su derecho nacional, que el solicitante pudiera pedir protección en dicho tercer país.

Así mismo, los terceros países europeos, que mantengan un alto nivel de protección de los derechos humanos, se convertirán en territorio de asilo para efectos de aplicación de la DPA, con lo cual, si un solicitante ha pasado por dicho territorio, su petición de reconocimiento no será atendida necesariamente por los Estados miembros, o por lo menos, no estarán obligados a llevar a cabo plenamente dicho examen. Estas serias restricciones, se pretenden justificar a través de la categorización por parte del Consejo de los llamados <terceros Estados seguros> a través de la misma DPA⁶⁵¹, para lo cual, el Consejo debe tener en cuenta los efectos prácticos de dicho concepto, centrándose de forma primordial, si se concede un permiso de entrada del solicitante a territorio del Estado definido como <tercer Estado seguro>, si no se corre riesgo de persecución en el sentido de la Convención de Ginebra de 1951, y si se cuenta con marco jurídico apropiado, así como su aplicación

⁶⁴⁹.Ibídem, Considerando 22.

⁶⁵⁰.Ibídem.

⁶⁵¹.Ibídem, considerandos 23, 24 y 25.

práctico. De esta forma el anexo II, de la DPA nos dice que el Consejo deberá tener en cuenta en la elaboración de una lista mínima de Estados considerados seguros, lo siguiente:

“Al realizarse esta valoración se tendrá en cuenta, entre otras cosas, el grado de protección que se ofrece contra la persecución o los malos tratos mediante:

- a) las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes del país y la manera en que se aplican;
- b) la observancia de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención contra la Tortura en particular aquellos a los que, con arreglo al artículo 15, apartado 2, de dicho Convenio Europeo, no cabe hacer excepciones;
- c) el respeto del principio de no devolución de conformidad con la Convención de Ginebra;
- d) la existencia de un sistema de vías de recurso efectivas contra las violaciones de dichos derechos y libertades”.

La lista se adoptará en el Consejo, por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo. Sin embargo, la propia DPA, permite a los Estados miembros mantener sus propios criterios para considerar a terceros Estados como seguros (art. 29 y 30), lo cual desvirtúa totalmente las disposiciones de la DPA al respecto, y la convierte en un instrumento comunitario para vaciar de contenido los Tratados Internacionales a los que pertenecen los Estados miembros, de forma fraudulenta. En el sentido de que podrán considerar como terceros Estados seguros, a muchos países que aparentemente lo son, por pertenecer al Convenio de Ginebra de 1951, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención contra la Tortura, pero que en la realidad dejan mucho que desear.

Por otro lado, la DPA considera la posibilidad de un recurso efectivo para el solicitante cuando: la respuesta a su solicitud le sea desfavorable, la decisión de retirada del estatuto de refugiado le perjudique, o bien, el resultado del examen sobre los hechos correspondientes a la solicitud no le favorezca. Sin embargo, la DPA no regula dicho recurso, sino que remite a tales efectos al ordenamiento jurídico y administrativo de cada Estado miembro⁶⁵².

Cabe señalar, que de acuerdo con los Protocolos adoptados en el Tratado de Lisboa, respecto de la posición de los países que no desean vincularse a lo desarrollado por la Unión en lo referente al SECA, tanto el Reino Unido, como Irlanda, han decidido adoptar la Directiva en mención, con lo cual les será de obligado cumplimiento. En este sentido, la directiva no será de aplicación solamente para Dinamarca⁶⁵³.

De esta manera, se aplicará la DPA en el resto del territorio de los Estados miembros, incluso en las zonas de tránsito de los mismos y se establecerán ciertas garantías básicas en el procedimiento de asilo, conexas a: los plazos y términos en el mismo, a la representación legal, al acceso a los Tribunales de justicia administrativa o cuasi judiciales, en el acceso con ACNUR, y otras garantías específicas para el menor solicitante no acompañado. Así también, se establecen las obligaciones de los solicitantes de proporcionar la información y documentación pertinentes solicitadas por las autoridades y de presentar las solicitudes en los sitios designados por las mismas.

De esta manera, se adopta una Directiva cargada de cláusulas de remisión a los sistemas normativos de índole nacional, dejando un amplio margen discrecional a los Estados, aunado a un alto grado de ambigüedad en

⁶⁵².Directiva 2005/85/CE, considerando 27.

⁶⁵³.Directiva 2005/85/CE, considerandos 32, 33 y 34.

los términos empleados, así como también, a una extensa lista de excepciones y reservas a garantías básicas, que pudieran suscitar en su conjunto, problemas para la aplicación práctica de la DPA. Con lo cual, nos parece necesario comentar los siguientes puntos:

1.- Respecto de los requisitos de la resolución de la autoridad decisoria, el artículo 9 de la DPA establece que las resoluciones sobre las solicitudes de asilo se dicten por escrito, de esta forma, se dispone que cuando una solicitud de asilo se desestime, su comunicación deberá ser también por ese medio, detallando las razones de hecho y de derecho de la decisión, informando a su vez al solicitante de las alternativas que tiene. No obstante, no será necesario que las resoluciones sean motivadas, cuando el Estado conceda un estatuto de protección subsidiaria de acuerdo con la Directiva de cualificación 2004/83/CE, en todo caso, tal motivación se hará en el expediente del solicitante.

Esta situación puede imposibilitar que el solicitante de asilo, inconforme con la naturaleza del estatuto de protección subsidiaria, pueda interponer recurso efectivo en ese sentido ante la autoridad competente; sobre todo, teniendo en cuenta que la gama de derechos reconocidos con dicho estatuto es inferior al del estatuto de refugiado. De esta forma también, se deja al margen el elemento subjetivo del solicitante, que pudiera estar convencido de que su situación jurídica corresponde a la de un refugiado y no al de otra categoría, con lo cual, se debería al menos reconocer su derecho a ser reconocido como refugiado, o no, a través del acto declarativo del Estado debidamente fundado y motivado.

Al respecto, el ACNUR considera que “la motivación de las resoluciones positivas representaría no obstante una buena práctica, en particular si esta información se incluye de todos modos en el expediente del caso. Esto contribuiría a la transparencia en la toma de decisiones y a los esfuerzos para controlar y mejorar la calidad y coherencia de las mismas. También, podría ayudar en la toma de decisiones en una eventual fase posterior, en relación

con cualquier solicitud para la no renovación de la validez de un permiso de residencia o, para la aplicación potencial de las cláusulas de cesación”⁶⁵⁴.

En cuanto a las garantías sobre la información al solicitante, el artículo 10 dispone entre otras cosas, que los solicitantes deberán ser informados “en una lengua que sea razonable suponer que comprenden”, respecto del procedimiento que debe seguirse, de sus derechos y obligaciones en el mismo. La importancia de la necesidad de proporcionar información a los solicitantes en una lengua que comprendan con seguridad, y no en una lengua que sea de suponer su entendimiento, radica en que, de la fase de aceptación de una solicitud de asilo para su examen, depende que se siga, o no, con el proceso.

Cabe señalar, que la DPA guarda silencio sobre el medio o forma en que deberá notificarse al solicitante, tanto de las resoluciones como de la información en términos generales que provenga de las autoridades de los Estados, lo cual es de suponer que dependerá de las formas utilizadas por cada Estado parte, por lo que no es de extrañar encontrarse con diversas formas de notificaciones, tantas como Estados miembros existen.

Sobre los plazos empleados para las notificaciones, el artículo 10. (d), dispone que los Estados deberán “*notificarles en un plazo razonable la resolución de la autoridad decisoria sobre la solicitud de asilo*”. La DPA no especifica en términos numéricos, en qué consiste dicho <<plazo razonable>>, pero en todo caso, así como cuando se trate de información interlocutoria, el mismo artículo 10. (a), dispone que dicha información deberá proporcionarse al interesado “*con tiempo suficiente para que puedan ejercer los derechos garantizados en la presente Directiva y cumplir con las obligaciones descritas en el artículo 11*”. Al respecto, tal y como señala el ACNUR, el principio de efectividad prohíbe los plazos y normas procesales que no otorguen tiempo

⁶⁵⁴.Para profundizar en el análisis, véase el proyecto del investigación del ACNUR, “Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas”. Proyecto financiado por el Fondo Europeo para los Refugiados de la Comisión Europea y por la Fundación Diana Princesa de Gales, ACNUR, marzo de 2010.

suficiente a los solicitantes, en el que puedan con base en la información proporcionada, hacer valer sus derechos durante el procedimiento⁶⁵⁵.

2.-En lo referente a la oportunidad de una entrevista personal, los Estados miembros, según lo dispuesto por el artículo 12, de la DPA, brindarán la posibilidad de una *“audiencia personal sobre su solicitud de asilo con una persona competente con arreglo al derecho nacional para celebrar dicha audiencia”*. La DPA, no define el término de <audiencia personal>, sin embargo de los requisitos que se desprenden del artículo 13 para la misma, se deduce que la <audiencia personal>, o entrevista personal, será aquella en la que el solicitante tenga la oportunidad de exponer sus razones, por las cuales se encuentra solicitando asilo o protección internacional, lo cual, centra dicha entrevista en el núcleo del procedimiento, y es de suma importancia identificar con claridad ese momento.

La audiencia personal, deberá llevarse a cabo por una persona cualificada, que podrá ser, o no, la autoridad decisoria de la solicitud. Esta situación, torna aún más difícil la definición e identificación en el proceso de la audiencia personal, puesto que a lo largo del procedimiento cabe la posibilidad de que el solicitante tenga más de un encuentro con las autoridades del Estado, en virtud de diversas razones (como puede ser la primera entrevista en que el solicitante demanda el asilo, o simplemente cuando este proporciona documentación a las autoridades, circunstancias que en ocasiones concurren en un solo acto). Según un estudio del ACNUR, en algunos Estados miembros la <audiencia personal> se lleva a cabo por las funcionarios que pueden tomar una decisión sobre la solicitud, pero otros no⁶⁵⁶, con lo cual, no es

⁶⁵⁵.Vid. Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo. Publicada en el contexto de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva sobre procedimientos de asilo (DPA), y los artículos 6 y 13 del CEDH.

⁶⁵⁶.Vid. Proyecto del investigación del ACNUR, “Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas”, op. cit., apartado, 2.2. Artículo 12 – la oportunidad de mantener una entrevista personal.

determinante dicho factor, pero en todo caso puede ser de mucha ayuda la concurrencia de las circunstancias que exige el artículo 13, así:

1). Deberá realizarse de forma confidencial.

2). El Estado responsable deberá garantizar las condiciones adecuadas con la finalidad de que la entrevista discurra sin incidentes y que permita al solicitante exponer sus razones de manera completa. De esta forma, se aseguraran de que:

a). la persona que vaya a celebrar la audiencia es suficientemente competente para tener en cuenta las circunstancias personales o generales que rodean la solicitud, incluidas las raíces culturales del solicitante o su vulnerabilidad, en la medida en que sea posible hacerlo, y;

b). Seleccionaran a un intérprete que pueda garantizar una correcta comunicación entre el solicitante y la persona que celebra la audiencia. La comunicación no tendrá que mantenerse necesariamente en la lengua que prefiera el solicitante de asilo si existiese otra lengua que sea razonablemente suponer que comprende y en la sea capaz de comunicarse.

Cabe señalar, que la DPA permite prescindir de la audiencia personal, cuando: se adopte una decisión que favorezca al solicitante, cuando la autoridad decisoria ya se haya reunido con el solicitante para ayudarlo a presentar su solicitud y le haya prestado información, o bien, cuando la autoridad decisoria haya considerado la solicitud manifiestamente infundada⁶⁵⁷.

⁶⁵⁷.Artículo 12.2, en relación con el artículo 23 apartado 4, letras a), c), g), h) y j), de la Directiva 2005/85/CE.

Otra situación a tener en cuenta, oscila en que la DPA no otorga demasiada importancia al idioma del solicitante en la celebración de la audiencia personal, de esta forma, la misma que podrá transcurrir en cualquier otro idioma que la autoridad considere “razonablemente”, que el solicitante pueda comprender. A nuestro juicio, tan importante fase del procedimiento no debería estar sujeta a especulaciones de esa naturaleza, sobre todo si se tiene en cuenta los efectos posteriores de la misma. En efecto, una incorrecta interpretación al testimonio oral dado por el solicitante, es crucial, dado que cualquier error que distorsione el fondo del mismo, puede dar pie a una resolución negativa que ponga al solicitante en riesgo de devolución.

En este sentido, el artículo 14 requiere que la información escrita, resultado de la audiencia personal, contenga mínimamente la “información esencial” que el solicitante haya proporcionado sobre la solicitud, sin embargo, ese requerimiento mínimo de datos ha propiciado que los Estados miembros lleven un registro de la entrevista radicalmente dispar, es decir, mientras que unos transcriben el total del contenido de la entrevista, otros simplemente elaboran un resumen, con lo que consideran recabada dicha “información esencial”, así también, existen casos en que los Estados utilizan grabaciones de audio y/o video, medios más expresivos que facilitan la comprensión de los relatos orales (estas últimas son las técnica de preferencia del ACNUR)⁶⁵⁸.

De dicho informe, los Estados miembros podrán, o no, pedir la conformidad del solicitante, lo cual tampoco será necesario para que la autoridad decisoria dicte una resolución sobre la solicitud. En todo caso, los Estados proporcionaran dicha información con tiempo suficiente para que el solicitante inconforme presente un recurso en el plazo previsto.

⁶⁵⁸.Vid. Proyecto del investigación del ACNUR, “Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas”, op. cit., 2.4. Artículo 14 -efectos del informe de la entrevista personal, p. 43.

3.-Por otro lado, los Estados miembros, en virtud del artículo 15, deberán brindar al solicitante la posibilidad de consultar de manera efectiva a un asesor jurídico o de cualquier naturaleza, de conformidad con el derecho nacional y siempre que el mismo sea bajo su propia cuenta y coste. Por el contrario, la asistencia legal gratuita, se encuentra condicionada por una serie de requisitos que podrán imponer, o no, los Estados miembros, tales, como que: el procedimiento sea ante un órgano jurisdiccional, (lo que normalmente ocurre en la eventualidad de recurso judicial), en contra de resoluciones cuya decisión sea desfavorable; se trate de una decisión de inadmisibilidad, o de inadmisibilidad al examen o de rechazo en frontera; de la decisión de denegar la entrada al solicitante; o bien, de retirada del estatuto de refugiado⁶⁵⁹. Así también, únicamente se prestará asistencia gratuita a quienes no cuenten con recursos económicos suficientes, aunado al requisito indispensable de que el recurso o revisión tenga posibilidades de prosperar. En todo caso, los Estados estarán facultados para imponer límites a las prestaciones, tanto económicos como temporales, solo con la debida precaución de evitar arbitrariedades en la concesión o retirada de dicha asistencia legal.

4.-En relación con las detenciones o internamientos de los solicitantes, la DPA en su artículo 18, establece que, *“los Estados no mantendrán a una persona detenida por la única razón de que sea un solicitante de asilo”*. Ya hemos comentado las situaciones que podrán dar pie a una detención que se contemplan en otros instrumentos, como es el caso del sistema Dublín II (para determinar al Estado responsable de una solicitud de asilo), o bien los casos

⁶⁵⁹ *Artículo 39, Derecho a recurso efectivo:*

un órgano jurisdiccional contra lo siguiente:

a) “1. Los Estados miembros garantizarán que los solicitantes de asilo tengan derecho a un recurso efectivo ante) una resolución adoptada sobre su solicitud de asilo, incluida:

i) la decisión de considerar inadmisibile una solicitud de conformidad con el artículo 25, apartado 2,

ii) la adoptada en la frontera o en las zonas de tránsito de un Estado miembro a que se refiere el artículo 35, apartado 1,

iii) la decisión de no llevar a cabo un examen con arreglo al artículo 36;

b) la negativa a reabrir el examen de una solicitud después de su interrupción de conformidad con los artículos 19 y 20;

c) la decisión de no seguir examinando la solicitud posterior de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32 y 34;”

d) la decisión de denegar la entrada, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 35, apartado 2;

e) una decisión de retirada del estatuto de refugiado con arreglo al artículo 38.

previstos en la Directiva de acogida para solicitantes de asilo, o bien, en la Directiva de normas comunes para el retornos de los nacionales de terceros países (que comentaremos en adelante), en todo caso, la DPA dispone que cuando se emplee dicha medida, los Estados miembros deberán velar porque se adopte una “revisión judicial rápida”.

5.- Otra situación de importancia, sucede en caso de que el solicitante explícitamente retire su solicitud de asilo o desista de la misma, de lo cual, los Estados miembros deberán dejar constancia del acto en el expediente. La DPA no especifica las consecuencias jurídicas de dicho acto, sin embargo, como consecuencia se podrá dar pie a que su solicitud sea automáticamente denegada en cualquier otro Estado miembro, o bien, dicho precedente, pudiera influir de forma negativa en caso de que el solicitante decidiera interponer nuevamente su solicitud.

En efecto, la DPA no especifica que deberán hacer los Estados miembros en caso de que el solicitante que haya suspendido su solicitud decida nuevamente presentarla, o presentar una nueva solicitud por distintos motivos. No obstante, los artículos 39 (1) (b) y 32 (2) (a), establecen respectivamente que el solicitante debe tener la posibilidad de pedir la reapertura de su solicitud; y que el solicitante deberá tener la posibilidad de presentar una solicitud posterior.

En acto seguido, la DPA prevé un procedimiento de retirada o desistimiento implícito de la solicitud (artículo 20), el cual oscila en torno al reconocimiento de ciertos “indicios razonables”, que de presentarse, las autoridades decisorias de los Estados podrán suspender el examen o denegar la solicitud en caso de que el interesado no sea capaz de demostrar su condición de refugiado de conformidad con la Directiva de reconocimiento comentada anteriormente. En este sentido, la DPA dispone que, será presumible el desistimiento o retirada implícitos de la solicitud de asilo, cuando: el solicitante no hubiere respondido a la petición de solicitar información

necesaria para el reconocimiento de su condición; no se hubiere presentado a la audiencia personal; que haya desaparecido del lugar de residencia asignado por el Estado; o bien incurriese en situaciones análogas sin justificación de haber actuado por circunstancias justificables, ajenas a su voluntad⁶⁶⁰.

El mismo artículo establece que los Estados miembros, podrán estipular un plazo para que el expediente del solicitante en los mencionados casos no puede reabrirse, de lo contrario, las autoridades podrán reanudar el examen de la solicitud en la fase en que se interrumpió. Así también, los Estados deberán observar que en dicho proceso no se incumpla con el principio de no devolución. Cabe mencionar, que a falta de una definición de los términos, <indicios razonables> y <plazos razonables>, se hace una remisión a través del comentado artículo 20, indicando que “*los Estados podrán fijar plazos o directrices*” a fin de aplicar las mencionadas disposiciones, con lo cual, no es de extrañar también en este caso, cierta heterogeneidad en los criterios de fijación de indicios y plazos.

6-.Finalmente y a manera de conclusión, la DPA permite que los Estados miembros establezcan procedimientos urgentes o acelerados por diversas razones en ella señaladas. Se ha dicho repetidamente por el ACNUR⁶⁶¹, que los procedimientos acelerados benefician tanto al solicitante de asilo (entre ellos los solicitantes detenidos o internados, así como los refugiados en potencia que pudieran encontrarse en camino), como a los Estados.

Sin embargo, también ha mantenido el ACNUR⁶⁶², así como el TJUE, o el TEDH⁶⁶³, que tal celeridad de los procedimientos no debe ir en perjuicio de

⁶⁶⁰.Directiva 2005/85/CE, artículo 20.1.

⁶⁶¹.Vid. Proyecto del investigación del ACNUR, “Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas”, op. cit., 2.4. Artículo 14 -efectos del informe de la entrevista personal, pp. 56 y ss.

⁶⁶².Vid. Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo, op. cit., pp. 4-10.

los derechos fundamentales de los solicitantes, y que los Estados deben tener presente las obligaciones sinalagmáticas contraídas, tanto en la Convención de Ginebra, así como en el CEDH, y en la Carta de derechos Fundamentales de la Unión. Señalamos esto, debido a que la larga lista de supuestos en que las autoridades de los Estados pueden acelerar el proceso, exige como única condición, que su desarrollo se lleve a cabo con base en el capítulo II, de la DPA. Que como antes vimos, se encuentra lleno de excepciones a garantías procesales básicas, como es el caso de la <audiencia personal>, que es pieza fundamental del procedimiento de la condición de refugiado.

En este sentido, los Estados parte podrán adoptar procedimientos acelerados cuando sea probable que su solicitud: se encuentre manifiestamente fundada, o manifiestamente infundada; el solicitante tenga necesidades especiales; porque el demandante de asilo no haya presentado la solicitud inmediatamente después de ingreso al país, si su ingreso fuese ilegal; o bien, por razón de su procedencia de un tercer país considerado seguro, entre otros motivos⁶⁶⁴.

⁶⁶³.Ibídem.

⁶⁶⁴.Directiva 2005/85/CE, artículo 23.4:

“a) el solicitante, al presentar su solicitud y exponer los hechos, hubiese planteado exclusivamente cuestiones que no guardan relación, o guardan una relación mínima, con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado en virtud de la Directiva 2004/83/CE, o

b) el solicitante no cumpliera manifiestamente los requisitos de la condición de refugiado o que dan derecho al estatuto de refugiado en un Estado miembro en virtud de la Directiva 2004/83/CE, o

c) la solicitud de asilo se considerase infundada:

i) por proceder el solicitante de un país de origen seguro a efectos de los artículos 29, 30 y 31, o

ii) por considerarse el país que no es un Estado miembro un tercer país seguro para el solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 28, apartado 1, o

d) el solicitante hubiese engañado a las autoridades mediante la presentación de información o documentación falsa o la no revelación de información pertinente sobre su identidad o su nacionalidad que podría haber tenido un efecto negativo en la resolución, o

e) el solicitante hubiese presentado otra solicitud de asilo declarando otros datos personales, o

f) el solicitante no hubiese presentado información que permitiera establecer con un grado razonable de certeza su identidad o nacionalidad, o fuere probable que hubiera destruido o se hubiere deshecho de mala fe de un documento de identidad o viaje que habría contribuido a establecer su identidad o nacionalidad, o

g) el solicitante hubiese formulado alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles o insuficientes que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es poco convincente por lo que respecta al hecho de haber sufrido la persecución a la que se refiere la Directiva 2004/83/CE, o

La comentada situación, a demás del uso desmesurado de plazos y términos cortos, es uno de los motivos de especial preocupación del Parlamento Europeo y de la Comisión; lo cual puede corroborarse en el *“informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 8 de septiembre de 2010”*, sobre la aplicación de la Directiva en los Estados miembros⁶⁶⁵. En ese mismo sentido es elaborada una *“Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo”* adoptada en el 2009⁶⁶⁶, a efectos de corregir las diferencias en los procedimientos de los distintos países de la UE motivadas por las imprecisiones y ambigüedades de las disposiciones de la comentada Directiva.

Así mismo, el ACNUR ha manifestado su preocupación, en recientes estudios encargados por las instituciones de la Unión. De esta forma, se ha podido observar que los plazos y términos procesales legalmente establecidos

-
- h) el solicitante hubiese presentado una solicitud posterior que no plantee ninguna circunstancia nueva relevante en cuanto a sus circunstancias particulares o a la situación en su país de origen, o*
 - i) el solicitante, sin motivo razonable, no hubiese presentado su solicitud antes, habiendo tenido ocasión de hacerlo, o*
 - j) el solicitante presentase una solicitud con la única intención de retrasar o frustrar la aplicación de una resolución anterior o inminente que diera lugar a su expulsión, o*
 - k) el solicitante no hubiese cumplido sin un motivo justificado las obligaciones a que se hace referencia en el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/83/CE o en el artículo 11, apartado 2, letras a) y b), y en el artículo 20, apartado 1, de la presente Directiva, o*
 - l) el solicitante hubiese entrado ilegalmente o prolongado su estancia ilegalmente en el territorio del Estado miembro y no se hubiese presentado a las autoridades ni presentado una solicitud de asilo con la mayor brevedad, sin una razón válida, dadas las circunstancias de su entrada, o*
 - m) el solicitante constituyese un peligro para la seguridad nacional o el orden público del Estado miembro o hubiese sido expulsado con carácter ejecutivo por motivos graves de seguridad o de orden público con arreglo al Derecho nacional, o*
 - n) el solicitante se negase a acatar la obligación de que le sean tomadas las impresiones dactilares de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, o*
 - o) la solicitud hubiese sido presentada por un menor soltero a quien sea aplicable el artículo 6, apartado 4, letra c), después de que la solicitud de sus padres o progenitor que lo tenga a su cargo hubiese sido denegada y no se hubiese planteado ninguna circunstancia nueva relevante en cuanto a sus circunstancias particulares o a la situación en su país de origen.*

⁶⁶⁵.Vid. Informe de la comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 8 de septiembre de 2010, sobre la aplicación de la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado [COM (2010) 465 final – No publicado en el Diario Oficial].

⁶⁶⁶.Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos de deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la protección internacional (refundición) {SEC (2009)1376} {SEC (2009) 1377}.

por los Estados, al ser estos de libre elección de los mismos, varía radicalmente en unos y en otros, de tal manera que pudieran encontrar procedimientos con duración desde tres meses naturales, hasta dos días⁶⁶⁷, lo cual complica demasiado, y en algunos Estados como España (tema que abordaremos más adelante), se vuelve cada vez más difícil el ejercicio de los derechos de los solicitantes. En suma, nos parece que, dadas las carencias y deficiencias expuestas de la DPA, los Estados miembros deberían buscar un equilibrio entre los, excepcionalmente necesarios, procedimientos acelerados y las garantías de los solicitantes, ponderando la calidad de un procedimiento administrativo más garantista, sobre la necesidad de cumplir plazos o cubrir estadísticas.

V.8.7. La Directiva relativa al procedimiento y normas comunes sobre el retorno de los nacionales de terceros países.

En sintonía con la línea normativa desarrollada en virtud del artículo 63. (3) (b), del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y en coherencia con lo establecido en Tampere, respecto de la creación de un sistema común de asilo, a la par de una política migratoria común, es adoptada el 16 de diciembre de 2008, la *“Directiva relativa de normas y procedimientos comunes en los*

⁶⁶⁷. “La inmensa mayoría de los Estados Miembros entrevistados establecen unos determinados plazos dentro de los cuales se deben realizar el estudio o los procedimientos acelerados. Sin embargo, existen grandes diferencias en relación a su alcance y sus consecuencias. Los plazos empiezan a correr en diferentes momentos, dependiendo de los Estados Miembros, y a veces dependiendo del procedimiento. También los plazos se computan de diversas maneras a efectos del procedimiento como, por ejemplo, en horas, días hábiles o días naturales. En algunos Estados Miembros, existe un único plazo para realizar el estudio acelerado. En otros, junto al establecimiento de un plazo general para todo el procedimiento acelerado, existen plazos más cortos para determinadas fases del procedimiento. En algunos Estados, si no puede tomarse una decisión en el plazo establecido o si dicho plazo se rebasa, la solicitud acaba estudiándose dentro de los plazos del procedimiento ordinario. Además, en algunos Estados Miembros, si el plazo se supera cuando el/la solicitante se encuentra detenido/a en la frontera, se le autoriza la entrada en el territorio. En algunos Estados, el hecho de sobrepasar el plazo, también puede conllevar que no se pueda adoptar una determinada, por ejemplo, que la solicitud no pueda rechazarse por ser manifiestamente infundada. Por el contrario, en otros Estados Miembros, los plazos que tiene la autoridad competente de tomar la decisión son meramente indicativos y no vinculantes. Vid. Proyecto del investigación del ACNUR, “Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas”, op. cit., 2.4. Artículo 14 -efectos del informe de la entrevista personal, p. 58.

*Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*⁶⁶⁸.

En efecto, dicha Directiva de retorno, va dirigida a los extranjeros no comunitarios que no se les ha reconocido un derecho, o concedido un permiso de entrada y permanencia en el territorio de los Estados, entre los que con regularidad se encuentran solicitantes de asilo, o bien, solicitantes de otro tipo de protección internacional, que al no ser reconocidos como tales de conformidad con la Directiva 2005/85/CE sobre procedimientos de asilo (comentada anteriormente), tendrán igualmente que retornar a sus países de origen u otro tercer Estado considerado de tránsito y/o seguro⁶⁶⁹.

Evidentemente, con este instrumento jurídico se pretende dar una dimensión europea sobre los métodos empleados para efectuar los retornos y expulsiones, sin embargo, una de las principales críticas, consiste en que los Estados miembros gozan de un amplio margen discrecional respecto del procedimiento en cuestión (especialmente en la adopción de plazos y términos), que podrá ser voluntario, o bien, de carácter forzoso, situación que de entrada, resta efectividad a la Directiva.

Esta Directiva significa para algunas voces críticas la “involución de la protección de derechos⁶⁷⁰” humanos en la Unión Europea, puesto que el marco mínimo de derechos que establece la misma, se encuentra incluso muy por debajo de las garantías individuales concedidas por los Estados miembros a través de su derecho nacional. En este sentido, si bien es verdad que la Directiva solamente determina los mínimos, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que los Estados miembros pudiesen adoptar, también lo es,

⁶⁶⁸.Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

⁶⁶⁹.Ibídem, considerando 9.

⁶⁷⁰.PÈREZ SOLA, Nicolás, “La Directiva del retorno y la involución en la Europa de los derechos”, Revista de Estudios Jurídicos nº 8/2008 (segunda época), pp. 241-256.

que su adopción ha incentivado la toma de medidas más restrictivas entre los Estados miembros, y se estima que pudiese causar el mismo efecto en otras regiones del mundo⁶⁷¹.

Por otro lado, la Directiva en los procesos de retorno, deberá tener en cuenta el CEDH y Protocolos anejos al mismo, así como la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. En este sentido los Estados podrán suspender las decisiones de retorno, cuando dicha medida vaya en detrimento de los derechos fundamentales más básico, como es el caso de la salud del inmigrante. Así también, el artículo 5 estipula que al aplicar la Directiva, los Estados deberán tener en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar y el principio de no devolución.

Uno de los puntos más controvertidos, es que en virtud del procedimiento de retorno y/o expulsión, la Directiva de retorno legitima, en caso de ser necesario, medidas como el internamiento cautelar que podrá ser por orden administrativa y con posibilidad de control judicial. Dicho internamiento es permitido por largos periodos de tiempo y puede alcanzar hasta los 18 meses, situación que ha causado serías críticas por parte del Consejo Europeo para los Refugiados y Exiliados (ECRE), así como por Amnistía Internacional y el ACNUR, en el sentido de que se considera desproporcionado e innecesario un internamiento tan largo. Así mismo, de un Estado a otro, dicha medida puede variar radicalmente del mínimo de tiempo al máxima permitido, lo que puede propiciar un movimiento migratorio dirigido hacia países menos rígidos⁶⁷².

⁶⁷¹.Amnistía Internacional, Noticias Unión Europea (18-06-08), “Reacción a la votación sobre la directiva de retorno”, párrafo primero: “Consideramos que el texto aprobado hoy por el Parlamento Europeo no garantiza el retorno, en condiciones de seguridad y dignidad, de las personas migrantes irregulares. Por el contrario, con un periodo excesivo de internamiento –de hasta un año y medio– y la prohibición de que las personas expulsadas regresen a la UE, se corre el riesgo de reducir las normas existentes en los Estados miembros, y se sienta un ejemplo extremadamente malo para las demás regiones del mundo”. Disponible en: <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/reaccion-a-la-votacion-sobre-la-directiva-de-retorno/>, última visita el 9.09.2011.

⁶⁷².Directiva 2008/115/CE, considerando 16.

Cabe señalar que como regla general, deberán emplearse para el internamiento de los nacionales de terceros países centros especializados⁶⁷³, pero los Estados podrán utilizar también centros penitenciarios. Lamentablemente, tal y como hemos comentado en otro apartado, los internamientos de inmigrantes y solicitantes de asilo en la práctica de los Estados miembros, se realizan en muchos casos en centros penitenciarios por igual y muchas veces sin distinción de estos con los presos por delitos comunes⁶⁷⁴.

En lo referente al menor no acompañado, aún cuando la Directiva permite de igual forma su internamiento, no obstante añade que deberá tenerse en cuenta su edad para determinar el centro de internamiento en que deberá esperar a que se resuelva su situación. Señala también, que en la medida de lo posible, cada Estado deberá proporcionar al menor, educación y la posibilidad de practicar juegos recreativos y de ocio. De Esta forma, también en la medida de lo posible, los Estados deberán tener consideraciones especiales para las familias tales como, mejores condiciones materiales que garanticen su intimidad. Cabe señalar, las notables desigualdades, principalmente de carácter económico, que aún persisten entre los veintisiete Estados miembros de la Unión. Con lo cual, en virtud de la actual crisis económica que se ha sentido especialmente en Europa, esto se ve reflejado en recortes de naturaleza social; situación va a condicionar en los comentados supuestos de internamiento, el acceso a mejores condiciones materiales para los menores o familias enteras.

Finalmente, la Directiva prevé ciertas medidas que deberán emplearse en el internamiento, cuando existan <situaciones de emergencia>. Esto se refiere principalmente a casos de sobrecarga en las instalaciones destinadas al internamiento por causa de la llegada copiosa de inmigrantes irregulares en

⁶⁷³.Directiva 2008/115/CE, artículo 16.

⁶⁷⁴.Véase el capítulo IV.4. Otros mecanismos tutelares de los derechos humanos en el Consejo de Europa, su incidencia sobre el derecho de asilo. En este mismo trabajo.

espera de su retorno o su expulsión⁶⁷⁵. Así, una de esas medidas consiste en que los Estados miembros puedan prescindir de las supervisiones judiciales sobre las decisiones administrativas de internamiento en los periodos normalmente establecidos. Estos periodos en condiciones normales deben fijarse en <intervalos razonables>. Sin embargo, la Directiva guarda silencio sobre la consistencia de dichos “intervalos razonables”, con lo cual se deja a criterio del Estado que se trate.

En cuanto a los plazos para la salida voluntaria, estos pueden variar entre siete y treinta días. Tiempo durante el cual, los Estados podrán establecer medidas cautelares como, el depósito de una <fianza adecuada>⁶⁷⁶ (lo cual tampoco se determina), o el secuestro de documentos o el confinamiento del inmigrante en un sitio determinado⁶⁷⁷. Sin embargo, por razones de orden público, seguridad pública o nacional, los Estados podrán prescindir de dichos plazos para ejecutar la salida voluntaria, o bien podrán conceder un periodo inferior a siete días⁶⁷⁸ para ejecutar la expulsión, y a tales efectos la Directiva señala que los Estados podrán hacer uso de las medidas que sean necesarias.

En general la Directiva en mención, no rompe con la directriz restrictiva que se viene marcando a lo largo del desarrollo del SECA respecto de las garantías procedimentales para los solicitantes de algún tipo de protección internacional, tal es el caso por ejemplo del acceso a la información, notificaciones en el proceso, entre otras, garantías que las Directivas permiten que los Estados relajen, y entreguen dicha información al procesado en una lengua que sea de suponer que este comprenda, lo cual se encuentra lejos de lo deseable. En todo caso, pensamos como muchos otros, que sería más

⁶⁷⁵.Artículo 18, de la Directiva 2008/115/CE.

⁶⁷⁶.La Directiva no define en qué consiste dicha fianza, por lo tanto, el monto se deja a criterio del Estado en cuestión.

⁶⁷⁷.Artículo 7 (3), de la Directiva 2008/115/CE.

⁶⁷⁸.Artículo 7 (4), de la Directiva 2008/115/CE.

adecuado tener la certeza de que el procesado comprenda lo que se le dice en términos informativos y en general dentro del proceso.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la comentada Directiva trata un tema tradicionalmente de competencia Estatal, es decir: la facultad soberana del Estado de decidir que extranjero entra y reside en su territorio y, cual no. En efecto, el derecho migratorio se encuentra mucho menos desarrollado en el derecho internacional que el derecho de refugio, y suele regularse en el contexto de las relaciones intergubernamentales a través de tratados bilaterales sobre la base del principio de reciprocidad, o bien tratados multilaterales, como fue el caso del Tratado de Schengen en la Unión, que hasta hace poco era de esa naturaleza; característica por ejemplo, con la que no cuenta el derecho de asilo.

A estas alturas del siglo XXI, los Estados siguen guardando celosamente sus competencias en dicho campo, y esto se refleja en el joven e incierto desarrollo del Derecho Migratorio Internacional, el cual encuentra su marco legal más significativo en la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* de 1990⁶⁷⁹, misma que ningún Estado parte de la Unión Europea ha ratificado después de dos décadas de su celebración.

⁶⁷⁹.Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

CAPÍTULO VI.

VI. Un enfoque nacional sobre el desarrollo del derecho de asilo en el nuevo orden mundial: España.

En un tiempo atrás, antes de la llegada de la democracia con la Constitución de 1978 hoy en vigor, España era considerada un país de emigración y exilio⁶⁸⁰, primero a causa de las atrocidades de la guerra civil vivida durante la primera mitad del siglo XX, y después, a causa del régimen franquista entre el periodo de 1939 a 1975. En efecto, a finales de la década de los años 70s, y de manera muy significativa, España pasa a formar parte con más determinación del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas y, particularmente, del derecho internacional de los refugiados, a través de la adopción en octubre de 1978 del Convenio de Ginebra de 1951 y su Protocolo firmado en Nueva York en 1967⁶⁸¹. Así también, España se convirtió en miembro del Consejo de Europa el 24 de noviembre 1977⁶⁸² y ratificó el CEDH el 4 de octubre de 1979. El 1 de julio de 1981, reconoció el derecho de recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), con lo cual, también está sujeta con fuerza vinculante a las resoluciones jurisprudenciales de ese órgano jurisdiccional.

Por otro lado, España pasó a formar parte en 1986 de la Comunidad Económica Europea⁶⁸³, año en el que se firma el Acta Única Europea que diera

⁶⁸⁰.Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, Informe sobre la Inmigración y el Asilo en España, aprobado en la Sesión Plenaria celebrada el 22 de octubre de 1997 en Madrid, Capítulo 5, p. 95.

⁶⁸¹.Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el estatuto de los refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al protocolo sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, <BOE> de 21 de octubre de 1978.

⁶⁸².Consejo de Europa, “*Spain became member of the Council of Europe on 24 November 1977*”.Disponible en <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal/country/spain?dynLink=true&layoutId=29&dlgroupId=10226&fromArticleId=>, última visita el 1.10.2011.

origen al <mercado común único>, modelo político y económico que permitiría la libre circulación de mercancías en un primer momento, y que implicaría a *posteriori* la libre circulación de personas. La inclusión de España en la citada organización de países iba a propiciar en un futuro, a la adopción de sendos Tratados sobre derechos fundamentales celebrados en esa organización, de los que se iban a beneficiar los ciudadanos de los Estados parte, así como, de forma taxativa, los ciudadanos no parte entre los que se encuentran los inmigrantes y solicitantes de asilo.

A grandes rasgos, España ha adoptado la gran mayoría de los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos; los cuales han pasado a formar parte de su derecho interno. Además, los mismos poseen un plus interpretativo, en virtud del margen de protección otorgado por la Constitución Española, en su artículo 10.2⁶⁸⁴, el cual literalmente nos dice que:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Ahora bien, tal y como hemos visto en anteriores apartados, España al igual que el resto de Estados parte de la Unión Europea, se ha visto inmersa en los últimos años, y especialmente a partir del Convenio de Dublín (antes comentado), en una regulación normativa común de asilo de claro perfil restrictivo, lo que ha contribuido al resultado de una notable degradación del sistema nacional de asilo, en relación con las primeras regulaciones a partir de la Constitución de 1978.

En consideración a lo anterior, partiendo de año de 1978, año de la Constitución, en este estudio tomaremos en cuenta para el análisis como una primera etapa, el desarrollo legal del asilo con la Ley 5/1984; una segunda

⁶⁸³.Portal de la Unión Europea. “Acerca de los Estados miembros, España”, disponible en: http://europa.eu/about-eu/countries/member-countries/spain/index_es.htm, última visita el 01 de septiembre de 2011.

⁶⁸⁴.Vid. La Constitución española de 1978.

etapa con la Ley 9/1994 de reforma de la anterior y; una tercera etapa, con la reciente adopción de la Ley de asilo 12/2009. De este modo, trataremos de identificar los aspectos más relevantes del sistema nacional español de asilo, y aquellos que hayan sufrido una injerencia del derecho internacional de los refugiados tanto del sistema de la ONU, como del Consejo de Europa, y especialmente de la normativa comunitaria conocida como: Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

VI.1. El derecho de asilo en la Constitución Española de 1978 y su posterior regulación.

El derecho de asilo en España, aparece con rango constitucional en 1978, aunque cabe señalar, que de naturaleza jurídica poco clara y muy cuestionable para algunos. De esta manera, el artículo 13.4 de la Constitución dispone que, *“La Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”*. Así, la adopción del mencionado artículo, no fue del todo pacífica, de modo que tal estipulación del precepto, ha dado pie a diferentes posturas en la doctrina sobre si se trata, de un derecho constitucional fundamental o no.

Para GARCÍA MACHO por ejemplo, opina que se trata simplemente de un derecho del Estado a regular el asilo, “que no plantea más obligaciones al legislador que las que él quiera asumir”⁶⁸⁵, debido a su falta de contenido material constitucional; para otros en cambio, como la Profesora ESCOBAR HERNÁNDEZ⁶⁸⁶, el reconocimiento constitucional del asilo sí implica una obligación de legislar, aún cuando se deja al legislador un amplio margen de libertad que dificulta su categorización como un verdadero derecho subjetivo.

⁶⁸⁵.Vid. En este sentido, GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús: “El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española”, en: Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría v. II ed., Civitas, Madrid 1991, p. 796.

⁶⁸⁶.Vid. En este sentido, ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, *“Asylum and Refugee status in Spain”*, *International Journal of Refugee Law*, vol.4, issue 1, 1992, p58.

En Este sentido, PECES-BARBA opina que de esa forma, se ha efectuado una “desconstitucionalización” del derecho de asilo⁶⁸⁷. En sentido opuesto, LÓPEZ GARRIDO sí considera que tal configuración del asilo, se trata sin lugar a dudas de un derecho “fundamental constitucional” propiamente dicho, aún cuando reconoce que “parcialmente debilitado”⁶⁸⁸.

Al margen de dichas posturas sobre la naturaleza del precepto, para el Profesor SANTOLAYA MACHETTI, se trata de un derecho de configuración legal, en el que las libertades del desarrollo del mismo, por parte del legislador, encuentran sus límites en “los principios constitucionales de actuación de las administraciones públicas y sometido a los mismos controles de los restantes procedimientos”, así como en los “restantes derechos fundamentales”⁶⁸⁹.

Años más tarde, después de las primeras impresiones doctrinales, el Tribunal Constitucional, con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por Defensor del Pueblo el 23 de agosto de 1994, ha situado el mencionado precepto, fuera de los considerados derechos fundamentales, sosteniendo que:

“atendiendo a la ubicación sistemática del precepto en el texto constitucional (...), no estamos ante un derecho fundamental de los enunciados en el Capítulo II del mismo Título I de la Constitución. Estamos, propiamente, ante un mandato constitucional para que el legislador configure el estatuto de quienes se dicen perseguidos y piden asilo en España. Los derechos del solicitante de asilo -o del ya asilado- serán, entonces, los que establezca la Ley”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷.Vid. PECES-BARBA, G.: “Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 2, 199, p.41.

⁶⁸⁸.Vid. LÓPEZ GARRIDO, Diego, op. cit., pp.136 y 206.

⁶⁸⁹.Vid. SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “El derecho de asilo en la Constitución Española, Editorial Lex Nova S.A., diciembre de 2001, pp. 52 y 53.

⁶⁹⁰.STC 53/2002, de 27 de febrero de 2002, fundamento de derecho nº 4.

En consideración de tales posturas doctrinales y la restrictiva postura del TC, pudiéramos pensar en diversas razones del <¿por qué?> de la redacción del comentado precepto legal. De esta forma, consideramos que España da en ese entonces la bienvenida a la nueva etapa democrática del país, con lo que se constituye como un “*Estado social y democrático de derecho*”⁶⁹¹, y asume como valores fundamentales y superiores de su sistema político y jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político.

En este sentido, no puede sino reconocer constitucionalmente el derecho de asilo, institución de la que durante décadas se habían beneficiado sus propios nacionales en otros países. Sin embargo, teniendo en cuenta las tendencias europeístas de integración económica y política, de la cual se pretendía formar parte en un futuro cercano, así como también, el aterrizaje del derecho internacional que previsiblemente habría que regularse legalmente (también por mandato Constitucional en virtud del artículo 96.1)⁶⁹², quizá se pensó por parte de los constituyentes, en una clausula de remisión al legislador para desarrollar un sistema nacional de asilo, en coherencia con el acervo internacional de derechos humanos próximo en venir, y consecuentemente apto para cumplir con las obligaciones que de dicho marco internacional se desprenderían.

En suma, la regulación del asilo en España, se encontrará sujeta, como bien apunta el profesor SANTOLAYA, a las limitaciones producto de la observancia de otros preceptos constitucionales que garantizan derechos fundamentales colaterales; pero también, a la normativa del Sistema Común de asilo de la Unión Europea que desde hace tiempo se viene desarrollando y, del cual forma parte España. Así como también, se estará sujeto a la observancia de los derechos garantizados por el CEDH y, a las obligaciones que se desprenden del marco jurídico internacional de los refugiados en su concepción

⁶⁹¹.Artículo 1, de la Constitución Española de 1978.

⁶⁹².Constitución Española de 1978, artículo 96.1:

“Los *Tratados Internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*”.

clásica (Convenio/Protocolo para los refugiados), cuya adopción por España, incluso se da antes que la formal adopción de la Constitución de 1978, con lo cual, podemos pensar que se trata de un precepto constitucional moderno, lo que no significa necesariamente que sea progresista, ampliamente susceptible de complementar, pero también de vaciar de contenido.

VI.2. La regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado con la Ley 5/1984.

Al margen de las regulaciones legales históricas del derecho de asilo en España⁶⁹³, comentaremos la Ley 5/1984 de 26 de marzo, con la cual se iba a regular el derecho de asilo y la condición de refugiado como figuras distintas, instrumento que se iba a complementar con el Reglamento de aplicación de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero⁶⁹⁴. De esta forma, en cumplimiento del mandato del artículo 13.4 de la Constitución, junto con la Convención de Ginebra de 1951, dicho marco legal se iba a convertir en las fuentes principales del asilo en España⁶⁹⁵.

Abriendo un paréntesis, cabe señalar, que en el periodo de tiempo transcurrido desde la adopción del artículo 13.4 (comentado anteriormente) y la entrada en vigor de la Ley 5/1984, el vacío legal en la regulación de la institución del asilo, fue cubierto por Orden Ministerial de 16 de mayo de

⁶⁹³.La institución del asilo, fue objeto de regulación por primera vez en España con la Ley de 4 de diciembre 1855, en la que se configuró como una excepción procesal ante las solicitudes de extradición. En este sentido, el artículo 1 decía literalmente que: *“El territorio español es un asilo inviolable para todos los extranjeros y sus propiedades”*.

En acto seguido, el Artículo 2 disponía que: *“En ningún Convenio ni tratado diplomático podrá estipularse la extradición de los extranjeros, perseguidos y procesados por hechos o por delitos políticos”*. Véase en este sentido, BLANQUER, David, op. cit., p. 38.

⁶⁹⁴.Vid. <BOE> de 19 de abril de 1985.

⁶⁹⁵.Dicho marco legal nacional, iba a complementarse con otras normas de menor jerarquía como el Decreto 511/1985, de 20 de febrero, con el cual se aprueba el Reglamento de desarrollo de la mencionada Ley, así como también, es el caso de la Orden de 13 de enero de 1989, referente a los Centros de Acogida a Refugiados y Asilados. Vid. <<BOE>> de 19 de abril de 1985 y, <BOE> de 2 de febrero de 1989, respectivamente.

1979⁶⁹⁶, hasta la llegada de la comentada Ley. De dicho periodo, destaca el alto grado de participación del ACNUR en el procedimiento (de carácter transitorio) de reconocimiento de la condición de refugiado, el cual se llevaba a cabo ante el Ministerio del Interior, y cuya decisión era adoptada por la mencionada Agencia de Naciones Unidas, junto con el Ministerio de Asuntos Exteriores. De esta forma, en caso de desacuerdo, la decisión se tomaba por el Director General de la Seguridad del Estado o el Ministro del Interior (decisiones susceptibles de recurrirse ante el Consejo de Ministros)⁶⁹⁷.

La ley 5/1984 viene a regular por una parte en el Título primero, y con base en la soberanía del Estado, el derecho de asilo; y por otra, en el Título segundo el refugio, como manifestación de los recientes compromisos adoptados en el derecho internacional de los refugiados. Dicha situación a poco tiempo de la adopción de la Ley, iba a dar pie a una serie de dificultades técnico- jurídicas, debido a la dualidad del procedimiento que había de desarrollarse en virtud de la naturaleza distinta de ambas figuras. De esta forma el refugio, era entendido como un verdadero derecho subjetivo, reconocido a través del acto declarativo del Estado, bajo los requisitos que se desprenden de la definición del Convenio de Ginebra de 1951.

El acto decisorio del Estado sobre la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado era susceptible de control judicial en virtud de la derogada “*Ley 62/1978, de 26 de Diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*”. Finalmente, se otorgaba al

⁶⁹⁶.Refugiados. Orden de 16 de mayo de 1979 por la que se regula provisionalmente el reconocimiento de la condición de refugiado en España. <BOE> 24/05/1979.

⁶⁹⁷.Cabe señalar, que durante ese periodo, las dificultades suscitadas en virtud de la falta de rango legal, de las Órdenes Ministeriales, así como la cuestionable aplicación del artículo 1.A de la Convención de Ginebra en las mismas, y la falta de observancia del *non refoulement*, se convirtieron en los principales problemas de la regulación del asilo. En este sentido, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, op. cit., p. 54.

refugiado un Estatuto similar establecido en dicho Convenio ginebrino⁶⁹⁸, lo cual descansaba sobre el principio de no devolución. En cambio el asilo, se consideraba en la concepción clásica del mismo, como una <protección graciable dispensada por el Estado>⁶⁹⁹, discrecional, carente de control judicial, y dotada de un control de claro perfil político, a través de un recurso de alzada ante al Consejo de Ministros y en última instancia a través de un recurso de súplica ante el mismo⁷⁰⁰. Cabe señalar, que existía una tercera figura de asilo por razones humanitarias (art. 3.3), no obstante con un estatuto más limitado, y en virtud del cual se otorgaba una tarjeta de identidad válida por seis meses⁷⁰¹.

Por otro lado, el estatuto de asilado era más generoso que el de refugiado⁷⁰², lo que se puede apreciar en los siguientes principales aspectos:

- El estatuto de asilado garantizaba el acceso al permiso de trabajo y residencia (art. 13), lo cual, en el caso del estatuto de refugiado quedaba sujeto a la discrecionalidad de la administración, es decir, como una posibilidad (art. 22.3);
- en lo referente a los documentos de identidad, el asilado era acreedor a un documento de identidad de asilado con una vigencia hasta de dos años y con posibilidad de renovación; en cambio, el refugiado solo aspiraba a un título de viaje con vigencia de 1 año y excepcionalmente renovable.

Entre los aspecto más positivos de dicha Ley, el derecho de asilo comprendía tres derechos básicos, a saber: el derecho de solicitarlo; la

⁶⁹⁸.Reglamento de aplicación de la ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por ley 9/1994, de 16 de mayo. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, artículo 1.

⁶⁹⁹. Ley 5/1984, artículo 2.

⁷⁰⁰.Ibídem, artículo 21.

⁷⁰¹.Ibídem, artículo 3.3.

“Podrá igualmente otorgarse el asilo a las personas no comprendidas en el número anterior en los casos en que la concesión de asilo se justifique por razones humanitarias”.

⁷⁰².En este sentido SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, op. cit., p.56.

admisión automática a trámite en el procedimiento ordinario; y el permiso automático de entrada en el territorio nacional. Además, los solicitantes de asilo denegados, que hubiesen entrado de manera regular, estaban dispensados del visado de residencia y tenían acceso directo al régimen general de extranjería.

En lo referente a la asistencia letrada, el artículo 5.3 de la Ley reconocía ese derecho de los refugiados, incluso en los puestos fronterizos, de acuerdo con las resoluciones del Defensor del Pueblo⁷⁰³, en conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha sostenido que dichos puestos fronterizos son territorio nacional, incluso las zonas de los aeropuertos consideradas como <salas de rechazados>⁷⁰⁴.

En cuanto a la protección social de los refugiados y solicitantes de asilo, la Ley 5/1984 no definía una línea clara en ese sentido. Este tema es por tanto de regulación reglamentaria, sin embargo el Reglamento de desarrollo de la Ley 5/1984, se limita a indicar que el solicitante podrá solicitar ayuda de esa naturaleza al Estado, cuya decisión dependerá de dos factores: uno, de las capacidades económicas del Estado; y dos, de la demostración de un situación de necesidad que pudiera hacer el solicitante⁷⁰⁵.

Por otro lado, las garantías procedimentales entre el procedimiento de asilo y el del refugio no iban a ser sustanciales en la práctica; puesto que la falta de control judicial de la que adolecía la decisión de la concesión de asilo a del reconocimiento de refugiado, fue matizada más tarde por el Tribunal

⁷⁰³.Vid. Defensor del Pueblo, “Informes, estudios y documentos. Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España”, Madrid, 2005.

⁷⁰⁴.Vid. Así por ejemplo, la libertad del artículo 17 CE se debe reconocer en todo el territorio nacional, incluidos los puestos fronterizos y las zonas internacionales de los aeropuertos, en este sentido las Sentencias: STC 174/1999, de 27 de septiembre, fundamento jurídico nº 4; y STC 24/2000, de 31 de enero, fundamentos jurídicos 1, 2 y 3.

⁷⁰⁵.Artículo 38 del Reglamento de desarrollo de la Ley 5/1984; en relación con el Artículo 19.4 del mismo.

Supremo, en el sentido de que, dicha decisión, si bien era de aplicación discrecional, no se trataba de una decisión “arbitraria ni graciable”⁷⁰⁶.

En otras palabras, como se desprende de la STS de 10 de diciembre de 1991, el acto decisorio sobre la solicitud, iba a ser susceptible de cierto control, toda vez que esa decisión deberá adoptarse bajo los criterios de <racionalidad> y <objetividad>, en concordancia con la finalidad perseguida por la norma⁷⁰⁷. Lo cual en términos prácticos desvanece las diferencias entre ambos procesos administrativos.

Finalmente, lo que iba a llevar a la reforma legal del 94, fue el hecho de que la solicitud de asilo y/o refugio, significaban el acceso y residencia legal en España del solicitante, quien además iba a recibir ciertas prestaciones en tanto que no se resolviera su solicitud. Parece ser, que esta particularidad dejaba sin protección a la institución del asilo de posibles usos fraudulentos por parte de falsos refugiados; a demás de suponer una carga presupuestaria insostenible para el Estado. De forma que, la duración excesiva del procedimiento administrativo de asilo y/o refugio, conjugada con el efecto suspensivo de la Ley 62/1978, no daba lugar prácticamente a las expulsiones o devoluciones voluntarias de solicitantes rechazados, por mucho que sus peticiones no tuviesen fundamento.

Otro factor importante en la reforma, iban a ser las obligaciones contraídas en el desarrollo del derecho comunitario de asilo, con dirección a la pretendida armonización de un sistema común. Así, entre otros factores, la previsible supresión de fronteras interiores en la antigua CEE a través del

⁷⁰⁶. Véase en este sentido, la STS de 4 de marzo de 1989, fundamento 2º, sentencia con precedente jurisprudencial en la STS de 29 de enero de 1988, misma que ha creado criterio consistete en otras más, como la STS de 10 de diciembre de 1991, o de 30 de marzo de 1993. También en este sentido, es reconocida dicha jurisprudencia por la Sentencias de la Audiencia Nacional, de 13 de enero de 2009, rec. 1528/2007, fundamento jurídico 2ª, A.

⁷⁰⁷. SANTOLAYA MACHETII, Pablo, op. cit. p. 57.

sistema Schengen, adoptado por España (publicado en el <<BOE>> 5 de abril de 1994), darían lugar un mes más tarde, a la anunciada reforma de la Ley 9/1994.

VI.3. La Ley 9/1994, hacia una estandarización del derecho de asilo español con el derecho de asilo Comunitario.

La Ley 9/1994 de 19 de mayo, de reforma de Ley 5/1984⁷⁰⁸, tiene lugar entre otras cosas, debido a las deficiencias encontradas en el anterior instrumento legal, y en virtud de la adopción por parte de España de sendos Tratados internacionales, como el Convenio Schengen y el Convenio de Dublín de 1990.

De esta forma, las políticas desarrolladas por los Estados miembros de la Unión Europea, no iban a permitir prácticas independientes o decisiones unilaterales de los Estados desproporcionadamente benévolas⁷⁰⁹.

No pretendemos ser reiterativos en la descripción de los principales problemas vividos en Europa durante y después de la caída del bloque comunista, circunstancias a las que ya nos hemos referido en otro apartado⁷¹⁰. Sin embargo, conviene recordar los sucesos acontecidos en pleno corazón de Europa recién iniciada la década de los 90s, con el conflicto de la antigua Yugoslavia. Situación que iba a exacerbar los flujos masivos de personas desplazadas y propiciar un fenómeno que desbordaría principalmente a Alemania y Francia; lo cual se encuentra relacionado con la consolidación a nivel comunitario del llamado estatuto , estatuto humanitario de protección temporal dirigido a quienes no son reconocidos como refugiados en el sentido

⁷⁰⁸.El 22 de marzo, se realiza la adición de un precepto por la Ley Orgánica 3/2007, para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

⁷⁰⁹.Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Vid. Exposición de motivos.

⁷¹⁰.Vid. Capítulos IV y V, de este trabajo.

del Convenio de Ginebra, pero que se les aplica el *non refoulement*, lo cual se iba a ver reflejado en la Ley 9/1994 y en su Reglamento de aplicación⁷¹¹.

Dichos acontecimientos además, iban a dar pie a la adopción de diversas medidas de naturaleza restrictiva, tales como, las exigencias de visado y penalización de transportistas que trasladasen inmigrantes irregulares, en el marco del espacio Schengen; limitaciones de las garantías procedimentales como en el caso del efecto suspensivo de los recursos ante la administración o el poder judicial; así como cierta degradación del *non refoulement*.

Una vez que hemos contextualizado la etapa europea, podemos comentar que en el escenario nacional español con la Ley 9/1994, se da cumplimiento al mandato parlamentario contenido en la “Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991”. Esto con dos claros propósitos: por una parte, para facilitar la celeridad de los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado y; por otra, para impedir el abuso y uso fraudulento del sistema de asilo por parte de la inmigración económica irregular⁷¹². Lo cual empezaba a verse como un problema, y en ese sentido iban a introducirse modificaciones sustanciales, entre las que se encuentran las siguientes:

a). Se elimina el doble estatuto de asilo y refugio, haciendo una unificación de ambos en uno solo, y consolidando de *facto* un sinónimo entre ambas figuras. De esta forma, se deberá entender en adelante el asilo, como “*la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado*”⁷¹³.

Sin perjuicio de lo positivo que haya resultado la simplificación de los procedimientos, en virtud de la comentada reforma legal (situación que en términos generales ha sido bien visto), cabe señalar, como bien apunta

⁷¹¹.Introducido por Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero, <BOE> de 2 de marzo de 1995.

⁷¹².Ibídem.

⁷¹³.Ley 9/1994, artículo 2 de la

TRUJILLO HERRERA, que: “la definición del concepto de asilo a partir de la remisión a un texto internacional, cuya insuficiencia se reconoce implícitamente, supone un paso atrás respecto de la situación anterior”⁷¹⁴.

Coincidimos plenamente en dicha opinión, en tanto que la interpretación que se ha dado por parte de los Estados de la definición de refugiado del artículo 1.A del Convenio de Ginebra, ha sido de forma legalista y restrictiva, lo cual pensamos que pudiera hacerse en un sentido más amplio y liberal.

De esta forma, como se ha dicho repetidamente, el derecho de asilo/refugio iba a ser consistente básicamente en la no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención de Ginebra, lo que supone el desvanecimiento del <asilo territorial> en el sistema nacional español *stricto sensu*, para dar paso a una nueva concepción del asilo territorial de configuración internacional articulada como refugio. Esto, además de suponer un la configuración de un estatuto de protección más limitado en derechos, implicaría a su vez, una relectura del concepto de soberanía nacional, sobre la que descansa la tradicional institución del asilo, a la luz del desarrollo de derecho internacional de los refugiados.

b). Se elimina el estatuto de asilo por razones humanitarias y se crea un nuevo estatuto humanitario en el artículo 17.2, considerado para desplazados, personas vulnerables y casos de interés público; el cual tiene su desarrollo en la Adicional Primera del Reglamento de Aplicación de la Ley, así como en el marco de la legislación general de extranjería. Dicha figura, en sintonía con la del comentado <estatuto B>, es adoptado también por el resto de países europeos en similares términos.

c). Se establece un procedimiento abreviado de admisibilidad, tanto en frontera como en el interior del territorio nacional. Así, la exposición de motivos de la Ley 9/1994 nos dice que se trata de “una fase previa en el examen de las solicitudes que permitan la denegación de forma rápida de aquellas peticiones

⁷¹⁴.TRUJILLO HERRERA, Raúl, op. cit., p.370.

que sean manifiestamente infundadas”, o bien, en caso de que su examen no corresponda a España (de conformidad con lo acordado en Dublín). Dicha denegación, aclara, “se haría mediante una resolución de inadmisión”, bajo la observancia de las debidas garantías.

De esta forma, el solicitante denegado disponía de 15 días para abandonar España, salvo que fuese titular de un visado con un periodo de tiempo de estancia superior, o bien se hiciera acreedor de un permiso de residencia por razones humanitarias, o por otros motivos. De lo contrario, se incoaría en su contra un procedimiento sancionador de expulsión.

Dicho término, se antoja insuficiente para que el interesado consiga modificar su situación legal en el país, teniendo en cuenta los obstáculos que pudiese encontrar en las prácticas administrativas, a demás del tiempo natural que deberá transcurrir en su tramitación. En este sentido, el Defensor del Pueblo en su Informe del año 2001, ponía de manifiesto una desatención de la obligación legal de notificar los expedientes de expulsión con la mayor brevedad posible. Dicho asunto, motivó una recomendación a la Subdelegación del Gobierno de Málaga que fue aceptada. Sin embargo, lo más relevante es el resultado de la investigación, que de dicha institución se hizo. Así, se instó a la Dirección General de Policía, a proporcionar una información reservada a fin de que se depuraran las responsabilidades de los funcionarios por demora en las notificaciones de las órdenes de expulsión. El resultado fue que el Informe recibido de la de la Dirección General citada, puso de manifiesto una nueva irregularidad en la práctica, puesto que se indicaba que no se había podido concretar la responsabilidad al desconocerse en qué fecha se recibió en la dependencia policial correspondiente la orden de expulsión, puesto que no se procedió a registrar su entrada.

El Defensor del Pueblo manifestó a la Dirección General de la Policía su sorpresa por dos motivos, a saber: “que la dependencia policial objeto de investigación no se registrasen de entrada los documentos, lo que claramente contravenía la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,

modificada por la Ley 4/1999, de 14 de enero; así como que ese hecho supusiera el archivo de la información reservada y la afirmación de que tal circunstancia no implicaba responsabilidad alguna para los funcionarios de servicio”⁷¹⁵.

Ahora bien, con tal procedimiento acelerado, se pretendía descartar las solicitudes que se presentaran manifiestamente infundadas, de conformidad con la Ley, sin necesidad de realizar un examen a fondo de la solicitud. Los procedimientos acelerados en general no son mal vistos por el ACNUR⁷¹⁶. El mismo Comité Ejecutivo del ACNUR, ha reconocido que “sería útil que los procedimientos nacionales para determinar la condición de refugiado incluyesen una disposición especial para tramitar de manera expedita aquellas solicitudes que a todas luces carezcan de fundamentos como para justificar un examen completo en todas las etapas del procedimiento”⁷¹⁷; esto siempre y cuando no vaya en detrimento de ciertas garantías procedimentales esenciales.

Los procedimientos de esta naturaleza previstos en la Ley 9/1994, eran los siguientes:

El Primero, es el concerniente al procedimiento de inadmisión en territorio nacional. Así, la Ley en el artículo 5.6, disponía que los supuestos en que dicha solicitud será inadmitida, fueran los siguientes:

- a. *“Las previstas en los artículos 1.F y 33.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951”⁷¹⁸.*

⁷¹⁵ Vid. Defensor del Pueblo, “Informe anual 2003 y debates en las Cortes Generales”, pp. 306 y ss.

⁷¹⁶ Vid. Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo. Publicada en el contexto de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva sobre procedimientos de asilo (DPA), y los artículos 6 y 13 del CEDH. Disponible en: <http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=953>, última visita el 20 de septiembre de 2011.

⁷¹⁷ Vid. Comité ejecutivo del ACNUR, Conclusión N° 30 (XXXIV), “El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas”, 1983 (34° período de sesiones).

- b. *Que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado.*
- c. *Que se trate de la mera reiteración de una solicitud ya denegada en España, siempre y cuando no se hayan producido nuevas circunstancias en el país de origen que puedan suponer un cambio sustancial en el fondo de la solicitud.*
- d. *Que la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que, por carecer de vigencia actual, no fundamenten una necesidad de protección.*
- e. *Cuando no corresponda a España su examen de conformidad con los Convenios Internacionales en que sea Parte. En la resolución de inadmisión a trámite se indicará al solicitante el Estado responsable de examinar su solicitud. En este caso, dicho Estado habrá aceptado explícitamente dicha responsabilidad y se obtendrán, en todo caso, garantías suficientes de protección para su vida, libertad y demás principios indicados en la Convención de Ginebra, en el territorio de dicho Estado.*
- f. *Cuando el solicitante se halle reconocido como refugiado y tenga derecho a residir o a obtener asilo en un tercer Estado, o cuando proceda de un tercer Estado cuya protección hubiera podido solicitar. En ambos casos, en dicho tercer Estado no debe existir peligro para su vida o su libertad ni estar expuesto a torturas o a un trato inhumano o degradante y debe tener protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra".*

El segundo procedimiento contemplado en frontera, refleja un carácter excepcional, en virtud de que su adopción se prevé en los supuestos en que los solicitantes en puestos fronterizos, además de incurrir en los supuesto que menciona la Ley para el procedimiento de inadmisión dentro del territorio, estos no contarán con los requisitos necesarios para entrar en España, de conformidad con la legislación general de extranjería⁷¹⁹.

⁷¹⁸. Vid. Capítulo II. de este mismo trabajo.

⁷¹⁹. Reglamento de aplicación de la Ley 9/1994, artículo 18.

Así, el procedimiento de inadmisión fronterizo presenta plazos más cortos que el trámite llevado a cabo dentro del territorio nacional; en este sentido, las resoluciones tomadas en sentido negativo sobre la admisión a trámite de una solicitud, debían ser notificadas en un plazo máximo de cuatro días, contados desde el momento de la presentación⁷²⁰. De modo que, de no recibir notificación, el solicitante se beneficiaba del principio <*afirmativa ficta*> de la administración, lo cual significaba la aceptación a trámite de la solicitud.

En dicho procedimiento, la intervención del ACNUR jugaba un papel trascendental, en el, se le debía informar de la solicitud y podía entrevistarse con el solicitante. De esta forma, su informe, de ser favorable (en la fase del recurso ante lo contencioso- administrativo) creaba efecto suspensivo frente a las órdenes de expulsión, con lo cual, el solicitante podía permanecer en el país hasta su resolución jurisdiccional final.

Por otro lado cabe señalar, que durante la tramitación de todo el procedimiento en frontera, de admisión a trámite, que según la Ley y el Reglamento (incluyendo la petición de reexamen) no se podía exceder de siete días; los cuales, el solicitante debía permanecer en el puesto fronterizo⁷²¹. A tales efectos, el artículo 5.7, párrafo 3º, de la Ley 9/1994, disponía que debía habilitarse al efecto “unas dependencias adecuadas para ello”, lo que en la práctica, no se cumplía cabalmente.

En este sentido, hemos comentado en otro apartado, los Informes de Organismos del Consejo de Europa sobre España, tales como el CPT o, el Comisario Europeo para los Derechos Humanos, de los cuales se desprenden datos que califican de “pésimas” las instalaciones en que se interna a los solicitantes, que en ocasiones son aislados *de facto* en instalaciones de

⁷²⁰.Ley 9/1994, artículo 7.

⁷²¹. Artículo 5.7 de la Ley 9/1994, y artículo 21.2 del Reglamento de aplicación.

oficinas u otros sitios análogos de inadecuadas formas (en el interior del territorio incluso se utilizan centros penitenciarios)⁷²².

Esta situación ha sido igualmente denunciada por el Defensor del Pueblo en sus Informes⁷²³, quien planteara además un Recurso de inconstitucionalidad contra el comentado párrafo, por considerar que la privación de libertad circulatoria como medida cautelar, “deja a los solicitantes de asilo en peor condición que a cualquier extranjero que, sin argumentar temor de persecución, sea objeto de un procedimiento de denegación de entrada conforme a la legislación general de extranjería”, en lo que consideraba que “el ordenamiento español incurre aquí en una notable falta de coherencia”, y que dicho problema sólo podía resolverse de manera satisfactoria mediante la reforma de la Ley de asilo, a los efectos de modificar el criterio del artículo 5.7 al menos en un sentido similar al previsto en el artículo 60 de la Ley de extranjería.

En este sentido, Ley de extranjería indica, entre otras cosas, que: “La autoridad administrativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno [...]. El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados”⁷²⁴. Sin embargo, dicho Recurso de Inconstitucionalidad no se acogió en virtud de la STC 53/2002⁷²⁵.

⁷²². Véase el Capítulo IV. de este mismo trabajo.

⁷²³. Vid. Defensor del Pueblo, “Informes, estudios y documentos. Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España”, Madrid, 2005, P. 311.

⁷²⁴. Artículo 60 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Versión reformada.

⁷²⁵. En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2994/94, promovido por el Defensor del Pueblo, contra el apartado 8 del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en la redacción que da al párrafo tercero del apartado 7 del art. 5 de la Ley 5/1984, de 26 de

Es de suponer, que un procedimiento abreviado debidamente aplicado, debería servir por una parte al Estado, en cuanto a economía procedimental y gasto público respecta, y por otra parte, a los mismos solicitantes de asilo, que en otras condiciones pudieran esperar demasiado tiempo sin tener una resolución sobre su solicitud. Sin embargo, parece ser que dicho procedimiento abreviado, se convirtió en la práctica en un primer examen de fondo, de cuyo resultado se iba a desprender el acto decisorio de la administración sobre la solicitud, con lo cual, se hizo tangible un descenso importante en la concesión de asilo en España, hasta el punto que puede considerarse un país con una política de concesión de asilo restrictiva (cifras que comentaremos a continuación), o ya no tan graciable.

d). Ciertas garantías en el procedimiento se ven reforzadas. En este sentido, se formaliza el reconocimiento de la asistencia letrada; de la asistencia de un intérprete; del derecho del solicitante de ser informado sobre los derechos que le corresponden; de la posibilidad de presentar informes por parte de las ONGs, así como también, de la especial intervención del ACNUR antes comentada.

En contra partida, los rechazados en virtud de la denegación o inadmisión a trámite de una solicitud, serán devueltos a su país de origen o bien, expulsados en un plazo de 15 días; con excepción de los que no sean reconocidos como asilados, pero que se encuentren en los supuestos de los mencionados artículos 17.2 y/o 17.3. También en sentido negativo, se ha dado una sensible rebaja legal del grado de protección jurisdiccional, en tanto que se ha suprimido el recurso por la vía de urgencia de la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales que sí contemplaba la Ley de 1984, pese a que, tal y como hemos dicho *supra*, el solicitante denegado podría interponer recurso contencioso- administrativo en contra de la resolución desfavorable gozando de efecto suspensivo, siempre que el dictamen del ACNUR le favoreciera.

marzo. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Garrido Falla, quien expresa el parecer de la Sala, <BOE> nº 80, 3 de abril de 2002.

Es necesario precisar, que muchas de las disposiciones de la Ley del 9/1994 de reforma de Ley 5/1984, con cierto grado de ambigüedad, han tenido que ser matizadas jurisprudencialmente a fin de salvaguardar ciertas garantías y derechos fundamentales amenazados por las prácticas administrativas de carácter restrictivo. Es el caso del reconocimiento del Tribunal Constitucional, hacia la libertad deambulatoria que consagra el artículo 17 de la CE, de tal manera que en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, (Fundamento Jurídico 4º); y en la STC 99/1985, de 30 de septiembre, (Fundamento Jurídico 2º), se razona que el derecho a la libertad es un derecho del ser humano, ya sea español o extranjero. En este sentido, en la STC 174/1999, de 27 de septiembre, se entiende que dicha libertad en el sentido del citado artículo constitucional, debe reconocerse en todo el territorio nacional, incluidos los puestos fronterizos y las zonas internacionales de los aeropuertos. O bien, que los solicitantes de asilo rechazados en frontera, también son titulares del derecho fundamental consagrado en el multicitado artículo 17, según reconoce la STC 179/2000, de 26 de junio.

En suma, la Ley 9/1994, puede calificarse de rígida en comparación con su antecesora del 1984, si se toma en consideración que, unos meses después de su entrada en vigor (a partir de 1995), se produce una caída en picado del número de solicitantes, un 52,6% menos que en 1994; en 1996 un 16,6% menos que 1995 y, un 60% menos en relación con 1994⁷²⁶, aún el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984 sigue en vigor. Así, podremos constatar en seguida dicha tendencia, que va a sostenerse prácticamente durante la vigencia de la citada Ley del 94.

VI.3.1. El impacto de la Ley 9/1994 en cifras.

Pretendemos en este apartado, observar la evolución de las solicitudes de asilo y de las concesiones del estatuto de refugiado en España, hasta la llegada de la nueva Ley de asilo 12/2009, y en contraste con el ejercicio del

⁷²⁶.Vid. Memoria de la Oficina de Asilo y Refugio de 1996.

derecho de asilo con otros Estados miembros. En este sentido en la siguiente tabla estadística plasmaremos los datos correspondientes a cada año de aplicación de la Ley 9/1994, de reforma de Ley 5/1984, con excepción del año 94, puesto que la vigencia de la Ley inicia en el segundo semestre del mismo y no constan las cifras en los anuarios estadísticos analizados, al igual que ciertos aspectos de de cada año, por causas aparentemente de formato.

Periodo	Nº de solicitantes	Inadmitidas a tramite	Estatutos de refugiados concedidos
1995	5.678	No consta	No consta
1996	4.730	57,5%	243
1997	4.975	3.355 (68,5%)	156
1998	6.764	3.780 (57,5%)	123
1999	8.405	4.128	294
2000	7.926	4.095	No consta
2001	No consta	No consta	No consta
2002	5.397	No consta	No consta
2003	5.248	No consta	No consta
2004	5.553	No consta	161
2005	5.257	3.312 (72,91%)	202
2006	5.297	57,17%	168
2007	7.664	No consta	225
2008	4.517	44,13%	151
2009	2.999	No consta	179

Fuente: “*Anuario Estadístico de Inmigración*” de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, del año 1996 al 2007; Informe anual de Estadísticas de Inmigración y Asilo, de la Red Europea de Migraciones, creada por la Decisión del Consejo 2008/381/CE y financiada por la Unión Europea, 2004, 2005, 2006 y 2007. De esta forma, hemos complementado algunos datos con otros documentos, como el informe anual de CEAR, 2008, 2009, y 2010.

La Oficina de Asilo y Refugio, que se creó en 1992⁷²⁷, atribuía dicho descenso a tres razones fundamentales: primero, la aplicación del nuevo procedimiento legal de la reforma de 1994; segundo, la política de contingentes anuales para la inmigración establecidos desde 1993 y; tercero, la exigencia de visados para los nacionales de algunos países. Esta última razón, de ser así, está claro que, de exigirse visado en virtud de la aplicación del sistema Schengen a los refugiados en frontera, se estaría violando la Convención de Ginebra de 1951.

De una evaluación posterior de la aplicación generalizada de la comentada Ley⁷²⁸, se deduce que el principal motivo de la caída de solicitudes y concesión de asilo, se debe principalmente a la aplicación excesiva del procedimiento de inadmisión a trámite en ambas modalidades, que si bien dichas medidas, habían dado resultado en cuanto a la lucha contra el abuso de la institución del asilo por parte de la inmigración económica⁷²⁹, estas se habían aplicado de forma desmedida en detrimento del refugiado, que en un procedimiento ordinario hubiesen sido reconocidos sin lugar a dudas.

Otro dato a destacar de nuestro análisis, es que en defecto del no reconocimiento de la condición de refugiado, a partir de la aplicación de la Ley 9/1994, se ha concedido el permiso de residencia por razones humanitarias en virtud del artículo 17.2. De esta forma en 1997, 205 personas obtuvieron dicho permiso, y 13 el estatuto de desplazados; superando ampliamente a los estatutos de refugiados concedidos⁷³⁰, manteniéndose esta tendencia cada vez más invertida, hasta el último año de la aplicación de la Ley.

⁷²⁷.Dicha oficina estaba constituida por funcionarios del Ministerio del Interior, en la que se integra una Unidad de Trabajo Social del INSERSO, con la función de estudiar los casos y orientarlos hacia los recursos sociales disponibles.

⁷²⁸.Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, "Informe sobre la Inmigración y el Asilo en España". Aprobado en la Sesión Plenaria celebrada el 22 de octubre de 1997, Madrid, p. 120 y ss.

⁷²⁹.A partir de la aplicación de la comentada Ley, los ciudadanos de Senegal y Armenia, dejan de figurar entre los solicitantes de asilo de forma inmediata, según un Informe de la Comisión Interministerial de Extranjería, debido a que la aplicación de la Ley 9/1994 ha inhibido el abuso de la inmigración económica sobre la institución del asilo. Vid. Anuario Estadístico de Extranjería del año 1996, apartado II.4.

⁷³⁰.Vid. Anuario Estadístico de Extranjería del año 1997, apartado V.5.

En el año 2008 se registró en España la cifra más baja de concesiones del estatuto de refugiado en toda su historia, con tan solo 151 estatutos. Con lo cual, CEAR en su informe anual⁷³¹ ponía de relieve que en el año 2009 (año de la nueva reforma de Ley), se registró la cifra de solicitudes de asilo más baja desde 1989 (año en que estas empezaron a contabilizarse), sin perjuicio de que, tal y como vemos en la tabla de arriba, se concedieron 28 estatutos de refugiado más que el año anterior. Con estas cifras, España es de los países que menos otorga refugio dentro del grupo de los 27 que conforman la Unión Europea, llegando a ser una cifra completamente absurda en comparación con otros Estados socios como a continuación podremos ver en la siguiente tabla.

Año 2009	Solicitudes de protección internacional	Estatutos de refugiado concedidos	Estatutos de protección subsidiaria concedidos
Alemania	31.810	8.155	405
Reino Unido	30.290	5.545	2.685
Francia	47.625	3.910	1.145
Bélgica	17.190	2.425	480
Italia	17.470	2.115	4.845
Suecia	24.190	1.480	4.970
Holanda	14.910	695	3.270
España	2.999	179	170

Fuente: Informe anual CEAR 2010 y 2011. Algunas cifras han sido complementadas con datos proporcionados en informes del ACNUR, especialmente el de “Tendencias globales 2009”, de 15 de junio de 2010; y “Niveles y tendencias de asilo en países industrializados 2009”, de 23 de marzo de 2010. Por esta razón, aún cuando las fuentes del ACNUR son los gobiernos, pudiese haber alguna discrepancia en las cifras, aunque no consistentes en diferencias muy significativas.

⁷³¹.Vid. Informe Anual CEAR 2010, p.84.

No pensamos que las capacidades de España sean en lo absoluto desbordadas ni mucho menos, teniendo en cuenta el alto grado de concesiones que sus socios comunitarios otorgan cada año; cifras más proporcionales a las capacidades socioeconómicas de los citados Estados.

No es posible aseverar a ciencia cierta, cual es la causa, o causas, que han puesto a España como un Estado que, con base a sus cifras, es calificado de restrictivo, o de no asilo. Si bien es verdad, que la Ley 9/1994 parece ser la principal causante de tales cifras (así como el Reglamento de aplicación), estos resultados también podrían ser atribuibles a las prácticas administrativas rígidas y restrictivas que pueden llegar a ser factor determinante; y en esta línea no quedaría exenta una interpretación jurisdiccional taxativa, siendo esta, el último recurso para obtener el reconocimiento de la condición de refugiado.

En este último punto por ejemplo, cabe mencionar que en el año 2009 (siendo esta la tónica de años anteriores), se presentaron 779 recursos judiciales contra resoluciones desfavorables sobre la solicitud de protección internacional, con lo cual, únicamente 20 personas obtuvieron el anhelado estatuto de refugiado y solo seis, el estatuto de protección por razones humanitarias.

Por otro parte, la Audiencia Nacional, en SAN de 28 de enero de 2009, pone en evidencia, y censura, el empleo administrativo de “modelos de resoluciones estereotipadas o prefijadas”, que no hacen referencia al caso concreto, es decir, sin indicios de que se haya realizado un análisis de fondo sobre la solicitud examinada⁷³². Y en este sentido, la SAN de 1 de julio de 2009, pone de manifiesto lo corto que son los permisos de permanencia concedidos a los recurrentes, que no son proporcionales al tiempo que se requiere para obtener sentencia firme sobre el recurso interpuesto⁷³³.

⁷³².SAN de 28 de enero de 2009, recurso nº 264/2008, ponente: Tomás García Gonzalo.

⁷³³.SAN de 1 de julio de 2009, recurso nº 301/2009, ponente: Tomás García Gonzalo.

Finalmente, cabe señalar que el control de las fronteras en la Unión Europea también ha sido un factor determinante en las dificultades de acceso al derecho de asilo en los Estados miembros. Así, los objetivos marcados en Tampere y Ámsterdam, que han dado como resultado dispositivos o agencias como FRONTEX en virtud del Reglamento 2007/2004, se han reflejado en las cifras a la baja que se registran en las fronteras exteriores de la Unión.

Así en el 2009, en el sur de Europa ha descendido un 33% las solicitudes de asilo; en Italia un 42%, en España un 33.5%, en Grecia un 20%, y en Turquía un 40% desde la implementación de dichos mecanismos en la Unión.

Entre otras medidas, en particular el fenómeno de la interceptación de barcas y pateras por parte de España e Italia en los últimos años, ha sido objeto de fuertes críticas por parte de ACNUR, Amnistía Internacional⁷³⁴ y otras organizaciones Internacionales y nacionales, como es el caso de CEAR en España. Dichas prácticas, en una errónea interpretación de ambos Estados, entre otros, tienen la finalidad de impedir que los náufragos puedan solicitar asilo una vez que han alcanzado territorio nacional, para que de esta forma no se viole el principio de no devolución tal y como lo configura la letra, inexpresiva hasta cierto punto, del Convenio de Ginebra de 1951 y otros textos internacionales.

VI.4. El nuevo orden del derecho de asilo en España, hacia la transposición de la normativa del Sistema Europeo Común de Asilo.

El derecho de asilo en el derecho nacional español, ha sufrido una sustancial transformación en virtud del desarrollo y estandarización de la

⁷³⁴.En Italia, en octubre, 68 personas rescatadas en el mar fueron devueltas a Egipto en el plazo de 48 horas, al parecer sin haber tenido la oportunidad de solicitar protección internacional. Todas ellas viajaban en un barco que transportaba a 131 personas y que las autoridades italianas habían interceptado cerca de la costa de Sicilia. Entre las 131 había 44 menores de edad y 19 personas a las que detuvieron por incitación a la migración ilegal. Vid. Informe Anual de Amnistía Internacional 2011, "Reporte sobre la República Italiana", pp. 265 y ss.

normativa sobre asilo y refugio en la Unión Europea, producto de las cada vez más, estrechas relaciones políticas, económicas y sociales en la Unión, que a su vez se han manifestado con ciertas tendencias restrictivas ante la inmigración y el asilo. Especialmente a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997, las políticas comunitarias de asilo iban a exigir una mayor coordinación entre los Estados miembros, de forma tal que en España, iba a ser necesaria la adopción de un nuevo instrumento legal que permitiera de forma natural la transposición de la normativa comunitaria en el derecho nacional, de conformidad con lo establecido por el SECA (ampliamente comentado con anterioridad) y, en coherencia con las Conclusiones de Tampere de 1999, ratificadas en la Haya en 2004⁷³⁵.

Así, el 31 de octubre de 2009, el Boletín Oficial del Estado publicaba la “Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”⁷³⁶, con la que se iba a dejar a tras la Ley 9/1994 de reforma de Ley 5/1984, del anterior régimen de asilo en España. En efecto, esta vez la reforma obedece a distintas razones que la anterior revisión de 1994, que estaba dirigida por una parte, a eliminar las confusiones y los problemas técnicos de aplicación suscitados de la dualidad de procedimientos en virtud de la regulación legal de origen de la Ley 5/1984, de las figuras de asilo y refugio por separado; y por otra, a combatir el abuso del asilo por parte de la satanizada inmigración económica irregular en todo el contexto de la Unión.

De esta manera vamos a ver, que la Ley 12/2009, sin perjuicio de que en su Preámbulo expresa su voluntad de servir como un “instrumento eficaz para garantizar la protección internacional de las personas a quienes les es de aplicación”, con base en la Convención de Ginebra de 1951 y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, así como del CEDH, viene también, a transponer, la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril “por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o

⁷³⁵.Vid. El Capítulo V, de este trabajo.

⁷³⁶.Vid. <BOE> Nº 263, de 31 de octubre de 2009.

personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida”; la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, “sobre normas mínimas que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado” y; el Capítulo V, de la Directiva 2003/83/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre “el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados”⁷³⁷.

Así, junto con otras normas comunitarias, como el Reglamento de Dublín II, de directa aplicación en el derecho nacional, de 18 de febrero de 2003; la Directiva sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas, transpuesta por Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre del mismo año⁷³⁸, España avanza en la pretendida estandarización del SECA y sus normas mínimas.

Cabe decir, que en dicha tarea se ha tardado demasiado tiempo, al grado tal, de motivar una Sentencia del TJEU de 9 de julio de 2009⁷³⁹, que resuelve la violación del Derecho Comunitario por parte de España, debido a la falta de transposición de la Directiva 2004/83/CE, en los plazos previstos (10 de octubre de 2006); situación que se ha presentado en similares circunstancias en el resto de países miembros de la Unión, dificultando de manera global el funcionamiento del SECA.

VI.4.1. El régimen legal de extranjería.

Es indispensable conocer siquiera a grandes rasgos, la situación de los extranjeros en España al menos en lo que respecta al marco de convivencia en el que se reconocen sus derechos y obligaciones, tarea que nos obliga a conocer no solamente el marco constitucional, sino el legislativo, el del derecho

⁷³⁷.Cfr. Preámbulo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

⁷³⁸.Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

⁷³⁹.Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 9 de julio de 2009 — Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España (Asunto C-272/08).

internacional clásico y de carácter comunitario, al menos en sus puntos más relevantes.

La Constitución Española establece en su artículo 13.1, que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título I sobre Derechos y Deberes Fundamentales en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”. En este sentido, dicho Título I, se refiere a los <Derechos y Deberes Fundamentales> que deberán ser de configuración legal.

Así, la norma reguladora básica que desarrolla el mandato constitucional es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre. Esta ley conjuga el mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea. La norma de desarrollo de la citada Ley Orgánica, lo constituye Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, y que sustituye al Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, modificado por Real Decreto 1019/2006, de 8 de septiembre.

Por otra parte, existe una normativa que regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia y trabajo en España para los ciudadanos europeos o de estados del Espacio Económico Europeo: el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Con la aprobación de este Real Decreto se incorpora al Ordenamiento Jurídico español el contenido de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

Este nuevo texto normativo deroga al Real Decreto 766/1992 de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados Miembros de las Comunidades Europeas, Real Decreto 737/1995 de 5 de mayo que lo modificaba, Real Decreto 1710/1997 de 14 de noviembre y Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero sobre entrada y permanencia de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

VI.4.2. Principales aspectos de la Ley 12/2009.

La llegada de la Ley 12/2009 en octubre de 2009, si bien llena de previsibles modificaciones sobre el régimen de asilo nacional, en virtud de la controvertida normativa comunitaria, ha planteado no pocos debates sobre temas innovadores en España. De esta forma, intentaremos destacar las disposiciones más relevantes que introduce dicha Ley, así como su impacto sobre el hasta ahora, breve periodo de vigencia de su aplicación; puntos que destacan de la siguiente manera:

A). Del ámbito de aplicación de la Ley 12/2009 *ratione personae*.

Con la huella característica del SECA, en la nueva Ley 12/2009, se excluye de derecho a recibir asilo en España a los ciudadanos de la Unión Europea. Así el artículo 1, marca como objetivos de la Ley “establecer los términos en que los nacionales de terceros países y los apátridas” podrán gozar en España del derecho de asilo y de la protección subsidiaria”; lo cual se confirma, con la definición que del derecho de asilo que realiza el artículo 2, de la siguiente forma:

“El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado (...).”

Por su parte, la definición de la protección subsidiaria en el artículo 4, no se refiere *expressis verbis* a la exclusión de los nacionales comunitarios, sin embargo, como antes vimos, al artículo 1 si lo hace. Por tanto, simplemente se establece que ese derecho será dispensado “a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves”, en razón de los cuales se proporciona dicha protección.

En efecto, la condición de ciudadano de la Unión, viene a ser determinante en el proceso de admisión a trámite de una solicitud de asilo o protección subsidiaria, y podrá dar lugar a su no admisión en virtud del artículo 20.1.f, del citado ordenamiento. El comentado precepto, sin perjuicio de su evidente sello del SECA, tiene su origen, siguiendo al Profesor SÁNCHEZ LEGIDO, en el Protocolo sobre asilo a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, el cual se incorpora a iniciativa española, en el Tratado de Ámsterdam de 1997, en el contexto de la lucha contra el terrorismo⁷⁴⁰, solución que el citado Profesor entiende, pero no comparte. Esta fórmula es adoptada partiendo del presupuesto de que los Estados miembros de la Unión, “constituyen recíprocamente países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo”⁷⁴¹. Esto en consideración a que los Estados miembros, supuestamente comparten respecto de los textos sobre derechos humanos y refugio, las mismas obligaciones. Ya sean textos de índole internacional o regional; así como también, tienen en común un vínculo jurídico respecto de la jurisprudencia del TEDH y del TJUE.

⁷⁴⁰. Véase en este sentido a SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular”. En: *Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley*, coord. TRUJILLO PÉREZ, Antonio J. y ORTEGA TEROL, Juan M., Ed. Sequitur, Madrid, 2010, pp. 18 y ss.

⁷⁴¹. Protocolo (nº 24), Sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, Artículo Único.

El empleo como fundamento de tal presupuesto de que, “la Unión Europea siempre segura y respetuosa de los derechos fundamentales y derechos humanos”, se ha puesto en entredicho en múltiples ocasiones, tanto por la doctrina, como por ACNUR y Amnistía Internacional⁷⁴², entre otras organizaciones internacionales⁷⁴³. En el sentido de que, si bien es verdad, que la Unión Europea representa uno de las regiones del mundo donde mejor se protegen los derechos humanos, y que dicha exclusión de derecho a la protección internacional a los nacionales de Estados miembros, estipulada por la Ley 12/2009 (así como también por la normativa del SECA), en principio no afecta a la facultad del Estado miembro de admitir una solicitud de esa naturaleza y, en su caso conceder el asilo⁷⁴⁴; también lo es, que existen otras formulas para combatir el terrorismo o evitar el abuso del asilo por parte de los ciudadanos de la Unión, sin necesidad de tan tajante exclusión de derecho.

Así, en cuanto al terrorismo pudiéramos hablar por ejemplo de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que como tal no es el mejor ejemplo, debido entre otras razones, a la ausencia de definición del término <terrorista>, pero que sin duda alguna la idea es rescatable y perfectible, en cuanto que establece a grandes rasgos como obligación de los Estados, asegurar que los terroristas no obtengan refugio⁷⁴⁵, es decir, excluyendo del derecho a solicitar asilo a determinado colectivo criminal, sin perjuicio de su nacionalidad. O bien, como hace la Constitución española de

⁷⁴².En España, “las autoridades siguieron aplicando la detención en régimen de incomunicación a personas sospechosas de actividades terroristas. Estas personas podían permanecer bajo custodia hasta 13 días, y en ese tiempo no podían designar a un representante letrado de su elección ni consultar con su abogado de oficio de manera confidencial; tampoco tenían acceso a un médico de su elección ni podían comunicar su paradero a su familia. En mayo, el gobierno rechazó las recomendaciones formuladas en el examen periódico universal de la ONU para abolir esta forma de detención”... En este sentido Amnistía Internacional, Informe anual 2011, Reporte sobre España, pp. 194 y ss.

⁷⁴³.Vid. Capítulo V, en este trabajo.

⁷⁴⁴.Protocolo nº24, Artículo Único, fracción, d.

⁷⁴⁵.Artículo 2,(c), de la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: *Decide también que todos los Estados: “Denieguen refugio a quienes financian, planifican o cometen actos de terrorismo, o prestan apoyo a esos actos, o proporcionan refugios”*

1978, al no excluir de la extradición a los responsables de actos terroristas (art.13.3).

Con independencia del terrorismo, deberían tenerse en cuenta otros posibles supuestos, como es el caso de la probable persecución de etnias como los gitanos, en el espacio competencial comunitario.

Por otro lado, al margen de la incompatibilidad que la comentada disposición de la Ley 12/2009 pueda tener con otros preceptos internacionales situados en una posición de jerarquía superior en el sistema jurídico español, como es el caso del artículo 3 del Convenio de Ginebra de 1951, que prohíbe la discriminación por motivos de “raza, religión o país de origen”, la comentada presunción de <Unión Europea segura> es puesta en entredicho nuevamente, esta vez por la Abogada General del TJUE, VERICA TRSTENJAK⁷⁴⁶, en sus conclusiones respecto de la aplicación del Reglamento 343/2001 (comentado en el capítulo V.), referente a la determinación del Estado responsable de una solicitud de asilo.

En efecto, en opinión de la Abogada general, no debe ser considerado el hecho de que en todos los Estados miembros de la Unión Europea se respeten los derechos humanos como presunción *iuris et de iure*, es decir, como un axioma indiscutible. Las conclusiones referidas, se desprenden a raíz de las eventuales devoluciones de ciudadanos de terceros países solicitantes de asilo a Grecia, Estado miembro que mantiene muchas denuncias sobre violación a derechos humanos de ciudadanos extracomunitarios en diversas formas, tales como en la etapa del traslado, el internamiento y o la devolución o expulsión.

Pero tampoco se trata de un caso aislado, puesto que la situación italiana o la propia española dejan mucho que desear. Así por ejemplo en el 2009, el Tribunal de Apelación de Milán ratificó unas Sentencias condenatorias sobre 25 funcionarios estadounidenses e italianos implicados en el secuestro del

⁷⁴⁶.Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Comunicado de Prensa nº 96/11, Luxemburgo, 22 de septiembre de 2011.

ciudadano Abu Omar, que posteriormente fuese trasladado a Egipto, donde se le retuvo y recibió tratos prohibidos por el artículo 3 del CEDH, por ser sospechoso de actos terroristas⁷⁴⁷.

En España, Amnistía Internacional en su Informe anual 2011, centra su preocupación sobre las denuncias de tortura y malos tratos, así como en ciertas medidas excepcionales que pueden llegar a tomarse sobre personas sobre las que se sospeche que se encuentren relacionadas con actividades terroristas. En este sentido puede leerse en dicho Informe que:

“Las autoridades siguieron aplicando la detención en régimen de incomunicación a personas sospechosas de actividades terroristas. Estas personas podían permanecer bajo custodia hasta 13 días, y en ese tiempo no podían designar a un representante letrado de su elección ni consultar con su abogado de oficio de manera confidencial; tampoco tenían acceso a un médico de su elección ni podían comunicar su paradero a su familia. El gobierno rechazó las recomendaciones formuladas en el examen periódico universal de la ONU para abolir esta forma de detención⁷⁴⁸.”

Esta situación, entre otras, como es el caso de las cárceles secretas de Guantánamo, que la administración de GEORGE W. BUSH crease en esa Bahía Cubana para encarcelar a cientos de individuos que presuntamente guardaban algún tipo de relación con *Al Qaeda*, en complicidad activa o pasiva, según el Informe encargado por el Consejo de Europa al investigador suizo DICK MARTY (difundido en el 2006)⁷⁴⁹, con al menos 14 Gobiernos europeos; entre los que se encuentran países como: Reino Unido, Italia, Suecia o España. Dichas prácticas en que se han dado tratos de tortura y degradantes,

⁷⁴⁷.Vid. Informe Anual de Amnistía Internacional 2011, “Reporte sobre la República Italiana”, pp. 265 y ss.

⁷⁴⁸.Ibíd.

⁷⁴⁹.Vid. Diario el País, “Los episodios más negros de la lucha contra el terrorismo de EE. UU. Guantánamo, las cárceles secretas en el este de Europa, los vuelos de la CIA o Abu Gharib han dañado la imagen estadounidense en todo el mundo”. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/episodios/negros/lucha/terrorismo/EE/UU/elpepuint/20110504elpepuint_7/Tes, última visita el 06.11.2011.

obliga a reflexionar tal concepción del respeto a los derechos humanos en el contexto de la Unión Europea de manera, incuestionable, uniforme y perpetua.

Finalmente, en sentido positivo podemos señalar la formalización del reconocimiento de la condición de refugiado por motivos género u orientación sexual, lo cual se ha reconocido jurisprudencialmente en España como motivos válidos para tales propósitos de protección, por la Audiencia Nacional, en Sentencia de 13 de enero de 2009 (es decir, nueve meses antes a la entrada en vigor de la nueva Ley), en completa conformidad con las directrices del ACNUR en dicho tema⁷⁵⁰. En este sentido, se ha entendido casi con carácter general, que tanto <el género, como el sexo>, se encuentran comprendidos dentro de la <pertenencia a determinado grupo social>. Cabe señalar además, que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, añade una disposición adicional tercera a la derogada Ley 5/1984, que disponía que, "Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género". Dicho precepto de la Ley, hace remisión a la Convención de Ginebra de 1951, en referencia a los motivos que dan reconocimiento a persecución. Con todo, no es más que positiva la mención explícita de dichos motivos de persecución, más que como una aportación novedosa al régimen de asilo nacional, como muestra de un espíritu liberal del mismo.

B). La Protección subsidiaria.

Atendiendo a la Directiva 2004/83/CE, de reconocimiento de la condición de refugiado y de protección subsidiaria, la Ley 12/2009 establece el estatuto de protección subsidiaria de manera formal, como un verdadero derecho subjetivo, para quienes reúnan los requisitos que la Ley requiere, y entre los que deberá figurar la persecución en razón de los motivos que señala el

⁷⁵⁰.Vid. SAN, Sala de lo Contencioso, 13 de Enero de 2009, ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH, núm. de recurso: 1528/2007, fundamento jurídico 4º.

artículo 10, tales como: “a) la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante; c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno”.

En este nuevo estatuto, queda comprendido el anterior estatuto de protección por <razones humanitaria o, del interés público> del antiguo artículo 17.3 de la Ley 9/1994⁷⁵¹, que se concedía a discreción del Ministro del Interior, a diferencia del estatuto de protección subsidiaria formalmente reglado. Esto sin perjuicio, de la simple autorización de estancia o residencia, también por razones humanitarias, que contempla la Ley 12/2009 en el artículo 37.b.

De esta forma, las razones que darán lugar a la protección subsidiaria, son una reproducción casi exacta del artículo 15, de la Directiva 2004/83/CE, con la importante salvedad del inciso c), que en el caso del artículo 10, de la Ley 12/2009 no exige la <individualización> de las amenazas graves que pongan en peligro la vida o la integridad del solicitante; lo cual supone una sensible rebaja de la carga probatoria que tendría el solicitante, en el supuesto de tener que demostrar tales circunstancias. Conviene mencionar en este sentido, que el TJUE en Sentencia derivada de una cuestión prejudicial, de 17 de febrero del 2009, ya relajaba tal exigencia probatoria, al resolver que el mencionado precepto 15.c, de la Directiva 2004/83/CE, no exige que el solicitante de protección subsidiaria aporte pruebas específicas de su afectación respecto de las circunstancias amenazadoras⁷⁵².

También en este sentido, el TJUE proporciona ciertos criterios a los Órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, para determinar la existencia de dichas amenazas graves. Así, considera, que tales circunstancias

⁷⁵¹. Disposición Transitoria Segunda, de la Ley 12/2009.

⁷⁵². ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel A. y; MICHEL REMI NJIKI, “TJCE – SENTENCIA DE 17.02.2009, *ELGAFAJI c. STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE*”. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo* ISSN 1138-4026, núm. 35, Madrid, enero/abril (2010), págs. 239-255

son acreditables “cuando el grado de violencia indiscriminada es de tal extremo que existen motivos fundados para pensar que un civil expulsado al país o en la región donde prevalezca esta violencia, se enfrentaría con el riesgo real de sufrir dichas amenazas por el simple hecho de su presencia en esos lugares”⁷⁵³.

C) .Contenido material del estatuto de refugiado y de protección subsidiaria

La protección concedida en virtud del reconocimiento de la condición de refugiado y de la protección subsidiaria, consiste básicamente en la no devolución ni expulsión, tal y como lo garantizaba el artículo 3 de la Ley 5/1984 para el estatuto del refugiado.

La Ley 12/2009, en su artículo 5, garantiza en términos similares la no devolución o expulsión para ambos estatutos⁷⁵⁴, y en el artículo 36, se definen puntualmente una serie de derechos y obligaciones que pertenecerán a los beneficiarios de estos estatutos, y en ese sentido remite a efectos de complementación a la normativa de la Unión Europea, y los tratados internacionales que vinculen a España. El marco legal en el caso del estatuto de protección subsidiaria, se reduce a la normativa nacional y la normativa de la Unión Europea, debido a que no existen textos internacionales que se refieran específicamente a esta nueva forma de protección internacional.

No obstante, la Ley hace referencia con carácter general para ambos estatutos, a la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración, y a la normativa de la Unión Europea⁷⁵⁵.

⁷⁵³.STJ (Gran Sala) de 17 de febrero de 2009 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Raad van State* - Países Bajos) - *M. Elgafaji, N. Elgafaji / Staatssecretaris van Justitie*, (Asunto C-465/07), apartado 45.

⁷⁵⁴.Ley 12/2009, artículo 5.

Empezando por el principio, la principal diferencia encontrada entre uno y otro estatuto, oscila en el artículo 36.d, de la Ley 12/2009, en lo que se refiere a la concesión automática de documentos de identidad y viaje a quienes les sea reconocida la condición de refugiado, lo cual difiere del estatuto de protección subsidiaria, cuya concesión de documentos de viaje será opcional y no automática, según lo considere necesario la administración.

Por otro lado, atendiendo a la Directiva 2004/83/CE (tal y como comentamos en su análisis)⁷⁵⁶, sí encontramos importantes diferencia a tener en cuenta, especialmente en el carácter temporal del estatuto de protección subsidiaria. En este sentido, el permiso de residencia para el estatuto de refugiado será como mínimo de tres años, a diferencia del estatuto de protección subsidiaria que será como mínimo de un año, ambos con posibilidad de renovación⁷⁵⁷. De la misma forma, el estatuto de refugiado en la Directiva, lleva ventajas sobre el estatuto de protección subsidiaria en cuanto al acceso al mercado laboral; así, los beneficiarios del estatuto de refugiado, podrán realizar actividades económicas por cuenta ajena o propia, de conformidad con las legislaciones nacionales en materia laboral y empresarial, o relacionadas con la actividad profesional o de las administraciones públicas; en cambio, los beneficiarios de la protección subsidiaria estarán sujetos a la situación del mercado de trabajo y en todo caso, a la consideración del Estado responsable⁷⁵⁸.

Estas diferencias no se establecen en la Ley 12/2009 entre un estatuto y otro; en todo caso, la Ley remite a la normativa nacional vigente de extranjería e inmigración para la reglamentación y desarrollo de dichos derechos, sin distinción alguna en su remisión⁷⁵⁹, con lo cual, dicho contenido no va a

⁷⁵⁵.Ibídem, artículo 36.

⁷⁵⁶.Vid. Capítulo V. de este trabajo.

⁷⁵⁷.Ibídem.

⁷⁵⁸.Artículo 26 de la Directiva 2004/83/CE.

⁷⁵⁹. Ley 12/2009, artículo 36.1.

cambiar demasiado con la nueva Ley, respecto de la anterior, debido a que, tanto la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, seguirán vigentes en tanto que no contravengan lo dispuesto en la nueva Ley 12/2009⁷⁶⁰.

D). Las causas de exclusión y de denegación de la protección internacional.

Otro de los puntos importantes a destacar, oscila en la configuración de las cláusulas de exclusión y denegación para los solicitantes del estatuto de refugiado y de protección subsidiaria.

De esta forma, dichos cláusulas para los solicitantes del estatuto de refugiado en virtud de los artículos 8 y 9, van a ser más numerosas que las contempladas para los solicitantes de la protección subsidiaria contenidas en los artículos 11 y 12.

1. En cuanto al refugio, el artículo 8 de la Ley 12/2009, contempla las disposiciones, en virtud de las cuales, los solicitantes quedarán excluidos de la condición de refugiado, refiriéndose en primer término en el artículo 8.1. (a), a lo establecido en el artículo 1.D), de la Convención de Ginebra, que comprende a las personas que ya reciben asistencia por parte de las Naciones Unidas, por órgano u organismo distinto del ACNUR. El inciso (b) del mismo precepto, traslada el inciso E), del artículo 1 de la Convención, en virtud del cual tampoco será aplicable la Convención a las personas que se les haya reconocido derechos y obligaciones equivalentes a los inherentes a la posesión de la nacionalidad en el país donde residan. En este sentido, la fracción 2ª, incisos (a) y (c), del artículo 8, son una réplica casi exacta de la lista del inciso F) del

⁷⁶⁰.Ibídem, Disposición Derogatoria Única.

artículo 1 de la Convención de Ginebra, en la que se considera a las personas que no merecen protección internacional.

No obstante, el inciso (b) de dicho precepto, mantiene una identidad propia respecto de la definición de delito grave cometido por el solicitante fuera del país de refugio, que a diferencia de la disposición ginebrina del artículo 1.F) (la cual simplemente se limita a la exclusión por la comisión de un <grave delito común>), el artículo 8.2.b) de la Ley 12/2009, desarrolla una versión bastante extensa y llena de imprecisiones⁷⁶¹; si bien, sí precisa que la comisión de dicho delito grave deberá entenderse en el contexto del Código Penal Español y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; función interpretativa que deberán realizar las autoridades administrativas españolas sea cual sea su formación profesional.

Otra aportación de la Ley 12/2009 consiste en la estipulación de las <causas de denegación>, en similares términos en que lo hace la Directiva de reconocimiento en su artículo 14.4 y 5, como <causas de revocación> del estatuto concedido. De esta forma lo transpone la Ley 12/2009 en el artículo 44.1.c)⁷⁶², lo que supone una reproducción del precepto del artículo 9 del mismo ordenamiento, que establece lo siguiente:

“Causas de denegación. En todo caso, el derecho de asilo se denegará a:

a) Las personas que constituyan, por razones fundadas, un peligro para la seguridad;

⁷⁶¹ Artículo 8.2.b).- Quedaran excluidas de la condición de refugiado, las personas que:
“b) han cometido fuera del país de refugio antes de ser admitidas como refugiadas, es decir, antes de la expedición de una autorización de residencia basada en el reconocimiento de la condición de refugiado, un delito grave, entendiéndose por tal los que lo sean conforme al Código Penal español y que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad i la libertad sexual, la integridad de las personas o el patrimonio, siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el apartado cuarto del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los delitos enumerados;”

⁷⁶².Artículo 44.1.c).- Revocación. “Procederá la Revocación del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria cuando:
c) la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad.”

b) *Las personas que, habiendo sido objeto de una condena firme por delito grave constituyan una amenaza para la comunidad*".

En una primera impresión, en el precepto transcrito se aprecia en sus dos incisos un alto grado de ambigüedad. Además de que posiblemente, contravengan lo dispuesto por el TEDH, según los alcances de sus diversas interpretaciones jurisprudenciales sobre el artículo 3 del CEDH y el *non refoulement*⁷⁶³; una vez que la denegación de la protección internacional puede dar pie a la devolución o expulsión del solicitante denegado a un sitio donde pueda ser sometido a los tratos prohibidos por dicho precepto.

De la misma forma, creemos pertinente analizar los comentados preceptos de la Ley, en los supuestos de solicitantes que hayan cumplido una condena por delitos calificados de graves y que por tal razón, puedan ser considerados una <amenaza para la comunidad> receptora, a la luz, de principios constitucionales como los de <reeducación y reinserción social>, que el legislador constituyente, introdujera en el artículo 25.2 de la Constitución Española de 1978, en el siguiente tenor: *"las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social..."*⁷⁶⁴. En este sentido debemos apuntar, que en España parece haberse dejado atrás desde finales de los años setenta, los viejos y retrogradas "postulados retributivos de Kant y Hegel, que no veían en la pena otra finalidad que el castigo por el delito cometido"⁷⁶⁵. Es decir, la venganza a través de la pena impuesta por el Estado, a nombre de otro ciudadano o, a título propio.

Así, los principios mencionados, suponen una evolución del concepto de la pena, en el que cabe dar una segunda oportunidad a las personas una vez hayan pagado su condena. Con lo cual, la adopción de las causas de

⁷⁶³.Vid. Capítulo IV. De este trabajo.

⁷⁶⁴.Constitución Española de 1978.

⁷⁶⁵.Vid. Para profundizar en el tema, véase a, CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, "El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social", en: "Presente y futuro de la Constitución española de 1978, Universidad de Valencia, 2005, pp. 217-233.

denegación del comentado artículo 9, de la Ley 12/2009, nos parece una clara involución en perjuicio de los derechos fundamentales de la persona, en virtud de los comentados principios constitucionales; sobre todo, vistos en relación con principios como el de <no discriminación> del artículo 3, de la Convención de Ginebra.

2. En lo que respecta al estatuto de protección subsidiaria, cabe hacer el mismo análisis que realizamos a las causas de exclusión y denegación para la obtención del estatuto de refugiado, toda vez que de la misma manera y en los mismos términos, se establecen para la protección subsidiaria las cláusulas de exclusión y denegación, así como las de revocación; con la salvedad de la inclusión de una causal más en las causas de denegación para el estatuto de protección subsidiaria, que no se establece para el estatuto de refugiado.

En efecto, el artículo 11. d), excluye a las personas del mencionado estatuto de protección internacional que “constituyan un peligro para la seguridad interior o exterior de España o para el orden público”. Lo que en suma, siguiendo al Profesor SÁNCHEZ LEGIDO, nos parece una clara forma de conceder a la autoridad administrativa un amplio margen discrecional, en principio útil para rechazar o denegar la protección solicitada. Toda vez que, “Las causas de exclusión tienen por finalidad, no proteger al Estado al que se reclama protección, sino preservar la integridad de la propia institución del refugio”⁷⁶⁶. En este caso, la nueva y esperanzadora institución de <protección subsidiaria>, evitando que no se beneficien de tal protección quienes no la merecen por cometer actos atroces contra la humanidad.

E). El reconocimiento de los Agentes de persecución y de protección.

En cuanto al reconocimiento de los <agentes de persecución>, o <causantes de daños graves>, nos parece verdaderamente digno de mencionar el avance que introduce la Ley 12/2009 en su artículo 13.a). b) y c),

⁷⁶⁶.SÁNCHEZ LAGIDO, Ángel, op. cit., p.25.

al reconocer de manera expresa entre los mismos: al Estado, a los partidos u organizaciones que controlen al Estado, o bien una parte importante del mismo y, agentes no estatales cuando el Estado u organizaciones internacionales, o agentes estatales que lo controlen, no puedan o sean incapaces de proporcionar protección efectiva.

Esta concepción supone un avance importante hacia una práctica administrativa del reconocimiento de la condición de refugiado más liberal y más acorde con las pretensiones del ACNUR. En efecto, así se desprende de las directrices del ACNUR sobre solicitudes de asilo relativas a víctimas del crimen organizado, de marzo de 2010⁷⁶⁷, mismas que han sido desarrolladas en virtud de una reinterpretación de la Convención de Ginebra de 1951, en consideración a las necesidades actuales de las personas que buscan protección internacional, por sufrir persecución a manos de agentes distintos del Estado, como las <pandillas organizadas>⁷⁶⁸ de criminales con gran poder *de facto*, como es el caso de los narcotraficantes en Centro y Norteamérica (con especial relevancia actual en México). O bien, los perseguidos por razones de género, como es el caso de los colectivos de GLBT⁷⁶⁹ que huyen de la violencia producto de la intolerancia y la homofobia que viven en sus países de origen; las mujeres víctimas de la mutilación genital, mujeres

⁷⁶⁷.Nota de orientación sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con las víctimas de pandillas organizadas. ACNUR, división de protección internacional, Ginebra Marzo de 2010. Análisis legal:

“El creciente número de solicitudes de asilo resultantes de actividades relacionadas con las pandillas, especialmente en el contexto de América Central, ha hecho necesario aclarar la interpretación de la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951. La elegibilidad para la protección internacional de las personas que huyen de la violencia relacionada con las pandillas, dependerá de una serie de factores que incluyen los riesgos enfrentados por el solicitante; la gravedad y la naturaleza de la violencia o las violaciones de los derechos humanos que sufrió o que teme; el nexo causal con uno de los motivos enumerados en la definición de refugiado de la Convención de 1951; su participación en las actividades de la pandilla, así como el grado de protección del Estado disponible en el país de que se trate. Obviamente, deberán hacerse cuidadosas consideraciones de exclusión en muchas de esas solicitudes”.

⁷⁶⁸.Ibídem, p. 10.

⁷⁶⁹.Entiendes por GLBT, las siglas de los colectivos Gays, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales, reconocidos de esta forma en términos generales.

perseguidas por sus cónyuges o sus propias familias a causa de radicales costumbre de calado religioso, entre otros⁷⁷⁰.

El no reconocimiento de dichos agentes no estatales, por omisión de la anterior Ley 9/1994, durante mucho tiempo dificultó el reconocimiento de dichos colectivos como refugiados y fue objeto de distintas matizaciones jurisprudenciales en España.

De esta forma, la Audiencia Nacional, en uno de sus primeros y más relevantes acercamientos al problema, falló de forma taxativa, en la SAN de 31 de marzo de 2005⁷⁷¹, relativa a una mujer que huía de un matrimonio forzado. En lo que en primer término, consideró que no se alegaba ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, de las señaladas en la Ley 5/1984; además, a groso modo, consideró que por el hecho de que esa persecución era “extraoficial”, o, en otras palabras, no promovida por las autoridades del Estado, no se reconoce un <agente de persecución> en el sentido de dicha Ley, y por consiguiente, es legal no dar lugar a trámite la solicitud de asilo.

No obstante, más tarde la Audiencia Nacional iba a flexibilizar dicho criterios en posteriores resoluciones, así entre otras, la SAN de 19 de diciembre de 2008⁷⁷², y de 13 de enero de 2009⁷⁷³, en casos de persecución por agentes no estatales, reconocían que:

⁷⁷⁰. Cabe señalar, que en la actualidad, entre el 70 y 80 por ciento de los campamentos de refugiados se componen por mujeres y niños. Es posible que tal porcentaje se deba a que los escenarios de guerra, conflictos armados internos, o desplazamientos humanos, actúan como factores que potencializan los asesinatos y violaciones de mujeres y niñas, tácticas crueles que se emplean como arma de guerra para atemorizar a las poblaciones y ganar terreno en las batallas, crímenes que se han calificado como de lesa humanidad por Naciones Unidas. Para profundizar en el tema, véase a VEGA PASCUAL, Jesús, M^a, “Las mujeres refugiadas y la violencia de género”, REVISTA D’ESTUDIS DE LA VIOLÈNCIA, Núm. 2, Abril - Maig 2007.

⁷⁷¹. SAN, Sala de lo Contencioso, 31 de Marzo de 2005, ponente: ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO, núm. de recurso: 1217/2003.

⁷⁷². SAN, Sala de lo Contencioso, 19 de Diciembre de 2008, ponente JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ núm. de recurso: 672/2006.

“cuando la población local comete serios actos de discriminación y otras ofensas, se pueden considerar como actos de persecución si son deliberadamente tolerados por las autoridades, o si éstas se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo”.

La misma jurisprudencia declaraba que la relación causal puede darse: a) cuando existe un riesgo real de persecución por un agente no estatal por razones relacionadas con uno de los motivos de la Convención, tanto si la omisión por el Estado de brindar protección al solicitante está relacionada o no con la Convención; o, b) cuando el riesgo de persecución por un agente no estatal no esté relacionado con un motivo de la Convención, pero la incapacidad y renuencia del Estado de dar protección es por un motivo de la Convención⁷⁷⁴.

En suma, dicho reconocimiento formal en la Ley 12/2009, si bien no se trata de una aportación innovadora, tiene el mérito de reglar en España, una tendencia a nivel internacional, y reconocida jurisprudencialmente, que a todas luces era necesaria.

Por otro lado, nos parece consecuentemente lógico, que junto al reconocimiento de los <agentes de persecución>, se reconozcan los mismos a *contrario sensu*, es decir, como <agentes de protección>. De este modo, en acto seguido, la Ley 12/2009 establece que “se entenderá que existe protección cuando los agentes mencionados... adopten medidas razonables y efectivas para impedir la persecución o el padecimiento de daños graves”⁷⁷⁵.

⁷⁷³.SAN, Sala de lo Contencioso, 13 de Enero de 2009, ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH, núm. de recurso: 1528/2007.

⁷⁷⁴.Ibídem. Fundamento jurídico 4º.

⁷⁷⁵.Artículo 14.2. de la Ley 12/2009.

Quizá lo preocupante de esto, resulte ser el efecto de inadmisibilidad sobre las solicitudes de protección, anejo al reconocimiento de la protección de dichos agentes no estatales, cuyos criterios de valoración no quedan tan claros en la Ley; en lo que simplemente se establece que se tendrá en cuenta como orientación en la valoración, actos de la Unión Europea o de organizaciones internacionales, que puedan proporcionar orientación sobre el control territorial de los agentes de protección y sus posibilidades de proporcionar dicha protección. Sin embargo, pensamos que no hubiese estado de más, definir de forma más precisa las fuentes de información de tales circunstancias, dada la trascendencia de una decisión excluyente sobre una solicitud de protección y sus posibles consecuencias sobre el solicitante en caso de ser denegado.

F). El procedimiento para el reconocimiento de la protección internacional

Ya hemos señalado antes que los Estados, para observar y respetar plenamente el derecho de toda persona de solicitar asilo, y de no ser devueltas o expulsadas a sitios donde pueden sufrir tratos inhumanos y degradantes, se ven en la obligación de establecer procedimientos justos, eficientes y eficaces, que garanticen por lo menos el acceso a ese derecho de solicitar protección internacional y que se les declare su condición de refugiado, o su no condición.

Ahora bien, la nueva Ley 12/2009, como sabemos, introduce un nuevo estatuto de protección internacional junto al de refugiado (la protección subsidiaria), al tiempo que transpone la normativa del SECA, lo que supone algunas modificaciones al sistema nacional de asilo, pero no significa un cambio de modelo global. Y en lo que respecta al procedimiento, es evidente que se ha aprendido de los problemas del pasado, como los que supusieron la duplicidad de procedimientos (de asilo y refugio) en la Ley de origen 5/1984, experiencia que se refleja en el establecimiento de un solo procedimiento para ambas figuras de protección internacional en el nuevo marco legal.

Conviene remarcar que uno de los principales obstáculos *de facto*, que encontraban los solicitantes de asilo en España con el anterior régimen legal, eran los procedimientos de inadmisión a trámite introducidos por la Ley 9/1994, tanto en frontera como en territorio nacional; situación que posiblemente, en combinación con prácticas administrativas de calado restrictivo, posicionó a España en la cola de los países de la Unión Europea que menos conceden el estatuto de refugiado, de forma muy desproporcionada con sus capacidades de recepción.

En este sentido, vemos como un acierto importante que, producto de la transposición de la normativa comunitaria, no se admitirán a trámite en territorio nacional solicitudes de asilo, solo por dos únicas razones a saber: o bien por falta de competencia (art. 20.1.), en aplicación del Reglamento 343/2003 (Dublín II); o bien por falta de requisitos procesales, en aplicación de la Directiva 2005/85/CE. Esta modificación en la etapa inicial del procedimiento supone un paso adelante respecto de la derogada Ley 9/1994, en tanto que el motivo principal de inadmisión atendía más a razones de fondo, es decir, debido a la inverosimilitud de los datos y hechos descritos por el solicitante, o bien debido a la ausencia manifiesta de las causas que dan lugar a la protección internacional, en consideración de los criterios de reconocimiento de la Convención de Ginebra de 1951, a pesar del reconocimiento de una consolidada doctrina del Tribunal Supremo, cuyo sentido requiere para el reconocimiento de la condición de refugiado simplemente la aportación de <indicios> sobre la persecución, sin ser exigible la <prueba plena> de los hechos relatados (STS de 29 de marzo de 2005, Rec. 6660/2001)⁷⁷⁶.

A demás, nuestro parecer, una solicitud debe ser estudiada de forma global, en todas las etapas del procedimiento y no en ese primer momento en

⁷⁷⁶. El TS casa la SAN impugnada, estima el recurso contencioso y anula la resolución ministerial denegatoria del derecho de asilo, reconociendo la condición de refugiado en los recurrentes, ya que de los documentos aportados, conjuntamente, hacen aflorar lo único que exige el art. 8 Ley 5/1984, que sean "indicios suficientes". Véase también en este sentido la STS de 30 marzo 2006, Rec. 644/2003.

que probablemente se carece de elementos suficientes para tomar una decisión definitiva⁷⁷⁷.

Por otro lado, los procedimientos en frontera se aprecian menos accesibles, lo que en una primera impresión aparenta un retroceso respecto de la Ley 9/1994, toda vez que se mantienen los criterios de admisión a trámite reseñados para los procedimientos en territorio nacional, o sea, por cuestiones de incompetencia o por falta de requisitos; pero se mantienen también los criterios de inadmisión que se venían aplicando en virtud de la Ley 9/1994 (artículos 21.2.a) y b), de la Ley 12/2009), con lo cual la administración puede determinar que una solicitud es manifiestamente infundada atendiendo a cuestiones de fondo, al exigir del solicitante información suficiente, coherente, verosímil, y no contradictoria sobre su país de origen y sus circunstancias actuales. De esta forma, también se evaluará en ese primer momento el elemento subjetivo del solicitante, es decir, su temor fundado de ser perseguido o de sufrir daños graves, lo que en suma se aprecia más complicado que el anterior procedimiento de inadmisión en frontera.

En cuanto a las garantías procedimentales, en términos generales encontramos más luces que sombras en contraste con el anterior régimen legal, esto pese a los estándares comunitarios tan restrictivos, como permisivos. Así por ejemplo, cabe destacar los siguientes puntos:

a) El derecho a la información.

El artículo 17.3, establece que “la persona extranjera será informada , en una lengua que <pueda comprender> (...)”, respecto del procedimiento que se le sigue, sus derechos y obligaciones dentro del mismo, su derecho de acceso al ACNUR⁷⁷⁸ u otras organizaciones, así como las consecuencias y

⁷⁷⁷.Artículo 6 de la Ley 9/1994, de reforma de Ley 5/1984.

⁷⁷⁸.El ACNUR sigue interviniendo en la formalización de las solicitudes de asilo, en condiciones similares que en la normativa anterior. No obstante la intervención depende de que se dote a

demás información que se desprenda de su situación. A diferencia de la Directiva de reconocimiento (art. 10.1.a), que tal y como hemos señalado antes, permite a los Estados informar de dichas circunstancias a la persona extranjera en una lengua <que sea razonable suponer que comprenda>.

b) De los plazos.

La Ley 12/2009 establece que “el procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud” (art.17.1.), no obstante, el artículo 19.5 dispone que “la solicitud de protección dará lugar al inicio del cómputo de los plazos previstos para su tramitación”, lo cual, además de proteger al interesado de las veleidades de la administración, es de vital importancia en referencia al cómputo de los plazos que pudiera operar a favor del solicitante, en virtud del principio *afirmativa ficta*, o silencio administrativo, que en el caso de la admisión a trámite pudiera dar lugar. De tal suerte que, si la administración, no notificara al solicitante su decisión en el plazo máximo de un mes (art. 20.2), teóricamente su solicitud dará lugar a trámite y a los efectos que esta conlleva.

c). La audiencia personal.

Respecto de la Audiencia Personal (art.17.6), es importante la formalización que la Ley establece, respecto de la orientación e información que el entrevistador debe prestar al solicitante; no obstante, nos sorprende aún más que la Ley establece que “se planteará la posibilidad de una nueva

ese organismo internacional de los medios personales y materiales necesarios para el desempeño de esas funciones (art. 34). De esta forma, igual que en el régimen de la ley anterior, la intervención del ACNUR en las sesiones de la CIAR será con voz pero sin voto. Sin embargo, se debería haber incluido una referencia a la posible participación del ACNUR en el procedimiento de admisión a trámite, concediéndole un plazo de diez días para que informe sobre la posible inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo presentadas en el territorio, en línea con lo recogido en la ley sobre el papel del ACNUR para las demás fases del procedimiento. En otro asunto, sólo es obligatorio dar audiencia al ACNUR en las solicitudes de asilo en puesto fronterizo y sin el efecto suspensivo que tenía su informe positivo en la Ley 9/1994, en caso de interposición de recurso judicial, como garantía para el solicitante (art. 35).

audiencia personal” (art. 17.8), es decir, una segunda audiencia en caso de ser necesario; esto sin perjuicio de que la Directiva de procedimiento, incluso permite a los Estados miembros prescindir de la misma cuando “la autoridad competente ya se haya reunido con el solicitante con el fin de ayudarlo a rellenar su solicitud y de facilitarle la información básica en relación con la solicitud (...)”.

d) La asistencia jurídica gratuita.

Aunado al derecho de la asistencia sanitaria para los solicitantes de protección internacional garantizado por la Ley 12/2009, se establece el derecho de la asistencia legal gratuita desde la formalización misma de la solicitud, hasta su finalización (art.16.2). Dichas prestaciones suponen un adelanto en referencia a la asistencia jurídica que garantizaba la Ley 9/1994⁷⁷⁹, de carácter obligatoria únicamente en la fase de formalización de la solicitud. La modificación actual en beneficio del solicitante, se atribuye a que durante la tramitación de la Ley, se acogió una propuesta de CEAR consistente en equiparar estos derechos al resto de los extranjeros en España de conformidad con la Ley de Extranjería (L.O.42000) en su artículo 22.1.2, respecto a la asistencia letrada, y artículo 12 respecto de la sanidad⁷⁸⁰.

Debemos señalar que la Directiva 2005/85/CE, establece que los solicitantes de asilo podrán, por cuenta propia, o bien de forma gratuita, consultar a un asesor jurídico en todo el procedimiento, que deberá tener acceso a la información del expediente incoado al solicitante (artículos 15 y 16.1). Sin embargo, en lo subsecuente permite a los Estados establecer sus excepciones en ambas garantías por motivos de seguridad, de orden público, por razón de la gestión administrativa del recinto, o bien para garantizar la eficacia de la audiencia personal (16.2). Con lo cual, sin perjuicio del amplio

⁷⁷⁹.El artículo 22.3, de la L.O/42000, condicionaba la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros en los procedimientos contencioso-administrativos en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión.

⁷⁸⁰.Vid. “Propuesta de CEAR ante el proyecto de una nueva ley de asilo. Una nueva ley para un derecho en crisis”, en: Informe 2009.

margen discrecional que los citados preceptos suponen para los Estados miembros, Ley española 12/2009, establece un marco de garantías jurídicas en lo referente a la asistencia letrada evidentemente superior.

En primer lugar, por referirse al derecho de asistencia legal gratuita en todo momento y no a costas del solicitante, tal y como permite la Directiva y; segundo, por no establecer dichas excepciones que en determinadas circunstancias pudiesen ser cruciales. Cabe señalar además, que la Ley 12/2009, otorga carácter preceptivo a la referida asistencia jurídica gratuita en los procedimientos iniciados en puestos fronterizos (art. 16.2), lo que es aún más importante teniendo en cuenta que las situaciones de mayor necesidad suelen presentarse en los puestos fronterizos, así, en otro precepto (art.19.4) reitera el derecho de dicha asistencia legal, precisando que será a través de un abogado, lo cual, en el Directiva 2005/85/CE simplemente se deja a la consideración de los Estados.

De esta forma, la Ley 12/2009 se aproxima a la interpretación que realiza el Defensor del Pueblo sobre la prestación de la asistencia letrada⁷⁸¹, en relación con principios constitucionales como el de asistencia legal gratuita en conexión con el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 119 y 24 de la Constitución de 1978 respectivamente⁷⁸²; lo cual supone una reivindicación del legislador nacional con políticas más liberales y garantistas defendidas por esa institución.

⁷⁸¹.Vid. Informe del Defensor del Pueblo sobre asistencia Jurídica de los extranjeros en España, Madrid 2005, pp. 55 y ss.

⁷⁸².En la Sentencia 16/1994, el Tribunal Constitucional consideró que el contenido necesario de tal derecho “supone, sin duda, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (incluidos los honorarios de los abogados y los derechos arancelarios de los procuradores, cuando su intervención sea preceptiva o necesaria en atención a las características del caso) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos”.

e) El efecto suspensivo.

El artículo 19 de la Ley 12/2009 garantiza un efecto suspensivo sobre las solicitudes de protección internacional hasta la decisión definitiva sobre la misma, es decir, suspendiendo los efectos de las resoluciones de inadmisión o desestimatorias en situaciones de impugnación judicial, que conlleven, según corresponda, el retorno, la devolución, expulsión, extradición o traslado del solicitante hacia el país de origen, país requirente, u otro Estado responsable del solicitante, entre otros supuestos (art.37). En una primera impresión, dicho reconocimiento supone un adelanto respecto del antiguo régimen legal, en tanto que la Ley 9/1994 no garantizaba este efecto suspensivo, salvo en los supuestos en que la resolución de inadmisión se hubiese dictado en frontera y el dictamen del ACNUR estuviera a favor del solicitante⁷⁸³.

No obstante lo anterior, el mismo artículo 19, párrafo 3º, parece contradictorio en sí mismo, en tanto que dispone que “podrá entregarse o extraditarse a una persona solicitante, según proceda, a otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de las obligaciones dimanantes de una orden europea de detención y entrega, o a un país tercero ante órganos judiciales penales internacionales”. Esta situación (por no repetir otras contraveniencias) supone un claro riesgo de violación al principio de no devolución consagrado en el artículo 3 del CEDH, que tal y como comentamos en su momento, posee según el TEDH (entre otros, véase el asunto *Saadi c. Italia*, de STEDH de 28 de febrero de 2008), un carácter absoluto e inderogable⁷⁸⁴, incluso por encima de las políticas obsesivas de seguridad nacionales, que se manifiestan en el desarrollo global de la normativa del SECA.

Además, la entrega o extradición, como autoriza dicho artículo 19.3 de la Ley 12/2009, hacia otro Estado miembro de la Unión, tal y como hemos señalado *supra*, no debe ser una presunción <*iuris et de iure*>, es decir, no

⁷⁸³.Artículo 21.2 de la Ley 9/1994, en relación con el artículo 39.2 de su Reglamento de aplicación.

⁷⁸⁴.Véase el Capítulo, IV.

debe suponerse que por razón de la procedencia de dicha orden, la extradición o traslado será de conformidad con el respeto pleno de los derechos fundamentales. Este presupuesto en todo caso deberá ser *iuris tantum*.

En este sentido cabe traer nuevamente a colación las conclusiones de la Abogada General del TJUE, VERICA TRSTENJAK, que en los supuestos de traslados a solicitantes de protección internacional hacia el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de esa naturaleza en virtud del sistema Dublín II, consideró que no deben ejecutarse los traslados bajo el mencionado presupuesto, dado que este no es sostenible debido a que en algún Estado miembro no se encuentra tan claro el respeto a tales derechos fundamentales, como es el caso del Grecia.

Así, conviene recordar también, que en el contexto de la lucha contra el terrorismo, ciertos Estados miembros de pleno derecho de la Unión, parecen haber consentido métodos de interrogación, encierro, o traslados de presuntos terroristas, de formas muy cuestionables y poco compatible con el respeto a la dignidad humana y a sus derechos fundamentales⁷⁸⁵; en este sentido, las políticas de la Unión Europea después de 10 años de lucha contra el terrorismo, parece haber dado pocos resultados positivos y más críticas negativas sobre sus acciones, muchas de ellas desproporcionadas⁷⁸⁶, propias de un Estado policial y no de un Estado democrático de derecho, lo cual obliga a replantearse dichas políticas del SECA repensando la paz y la seguridad en su perfecto equilibrio, así como naturalmente el comentado precepto de la Ley 12/2009.

⁷⁸⁵Vid. “*Protecting the right to privacy in the fight against terrorism*”, by Thomas Hammarberg, the Commissioner for Human Rights, CommDH/IssuePaper (2008)3, Estrasburgo, 4 de diciembre de 2008.

⁷⁸⁶CARRERA HERNÁNDEZ, Jesús F. “La Unión Europea diez años después del 11 de septiembre de 2001: una valoración desde la perspectiva de la seguridad interior”, en: Tiempo de paz. 10 aniversario del 11-S: repensando la paz y la seguridad, Revista Tiempo de Paz, Nº 101, verano 2011, pp- 40-45; También en este sentido, GIL-ROBLES, Álvaro, “La eficacia de los mecanismos europeos de protección de los derechos humanos en la lucha antiterrorista. En especial la acción del Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa”, op. cit. pp. 491-556.

G). La imposibilidad de solicitar protección internacional en Misiones Diplomáticas.

El artículo 38 de la Ley 12/2009, elimina la posibilidad de solicitar protección internacional en las Misiones diplomáticas de España que naturalmente se encuentren en otros países, tal como permitía la derogada Ley 9/1994 a través del Ministerio de asuntos Exteriores, que a su vez disponía la tramitación de la solicitud a la Oficina de Asilo y Refugio (art. 4.4⁷⁸⁷, en relación con el art. 6.2 del Reglamento 203/1995).

Ahora, la Ley 12/2009, establece que “con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentra la Representación diplomática y corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud (...)”. De esta forma, se elimina la facultad antes dada a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, de autorizar el traslado a España del solicitante a propuesta de la OAR⁷⁸⁸.

La primera observación que debemos hacer, es que de dicho precepto se deduce que no es posible realizar una solicitud de protección fuera de España, lo que en todo caso se traducirá en un último beneficio, que será el traslado del solicitante a territorio español para que ahí formalice su solicitud. Entendemos, que con tan tajante prescripción, de *facto*, quizá tampoco será posible continuar con los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado en el extranjero, iniciados en el interior del territorio nacional español por solicitantes expulsados, trasladados, o extraditados a sus países de origen (situación que tendremos que esperar para conocer el nuevo Reglamento de aplicación de la Ley 12/2009 que aún no llega). Lo que probablemente también

⁷⁸⁷.Artículo 4.4.- “La petición de asilo presentada ante una Embajada o Consulado españoles será cursada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores”.

⁷⁸⁸. Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, art. 16.

signifique, que una vez fuera de España no habrá recurso suficientemente efectivo contra las resoluciones desfavorables, que con el anterior régimen legal era posible interponer ante las oficinas del Ministerio de Asuntos Exteriores, dando así cumplimiento a lo que exigen diversos tratados internacionales y regionales de los que es parte España⁷⁸⁹.

Lo siguiente es, que del beneficio de traslado a España para interponer la solicitud de asilo, únicamente podrán aprovecharse los <no nacionales> del país donde se encuentren establecidas las Misiones diplomáticas españolas. Esta exigencia ya se desprendía del artículo 16.1 del Reglamento de aplicación de la Ley 9/1994, al establecer que el traslado a España del interesado se efectuará cuando este se “(...) encontrase en una situación de riesgo y hubiese presentado su solicitud desde un tercer país (...)”.

Esto quizá se debe a una interpretación restrictiva de la definición de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951, que establece como requisito para el reconocimiento de la condición de refugiado, que el solicitante “se encuentre fuera del país de su nacionalidad”. Tal requisito se refiere a la condición de extranjero aneja lógicamente al solicitante, cuando esta ha logrado escapar del territorio hostil donde sufre la persecución. Sin embargo, respecto al tipo de solicitud asilo en Misiones diplomáticas, la Convención de Ginebra guarda silencio, pero esto no quiere decir que prescriba el derecho de hacerlo. De hecho, estas son prácticas aún recurridas, y es lógico justificarlas a la luz de la existencia de Estados con Gobiernos dictatoriales, que prohíben a sus ciudadanos abandonar su territorio y los vuelven víctimas de opresión y de todo tipo de persecución. Se trata pues, del espíritu del asilo diplomático tan recurrido durante los años 70 y 80 en todo Latinoamérica y tan útil en la actualidad en países como China, Cuba.

En este sentido, también se pudiera decir que dicha disposición es incompatible, con el artículo 3 de la Convención de Ginebra, que prohíbe la

⁷⁸⁹.Vid. Capítulo IV y V, de este trabajo. Donde nos referimos al CEDH y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

discriminación en el reconocimiento de la condición de refugiado, incluso por razón de la nacionalidad, principio que es susceptible de aplicación por analogía, al beneficio de traslado que ahora parece configurar la Ley 12/2009, teniendo en cuenta que del mismo se deriva la posibilidad de acceder a la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado en suelo español.

Seguramente, tampoco se calculó por los autores del Convenio de Ginebra en el 51, que pudiese hacerse una interpretación taxativa y hasta cierto punto incoherente con el objetivo y fin del Convenio, que es proteger a quien verdaderamente lo necesite⁷⁹⁰.

Así también, podemos referirnos a los criterios básicos para identificar a un refugiado en las Misiones diplomáticas, que la Ley 12/2009 ha erosionado por omisión de la consideración del fuero interno de la persona; es decir, de su temor fundado de sufrir persecución. De tal modo, que el Embajador solamente deberá tener en cuenta del solicitante que este < corra peligro su integridad física>, pudiendo ignorar su temor fundado de sufrir un daño en cualquier otro sentido como el psicológico, por alguna de las razones de persecución que comprende el Convenio de Ginebra de 1951. No obstante, el Reglamento de aplicación de la Ley 9/1994 (que seguirá vigente en tanto que no se adopte uno nuevo y no contradiga a la nueva Ley 12/2009), simplemente exige que el solicitante se encuentre en una situación de riesgo (art.16.1) o bien, que así lo solicite el representante de ACNUR en España (ART. 4.2), disposiciones que en todo caso iban dirigidas a la Oficina de Asilo y Refugio.

Así, entre otros posibles obstáculos *de facto* conviene destacar el perfil profesional de un Embajador, que se antoja muy difícil que posea la formación y pericia requerida para realizar el reconocimiento de la condición de refugiado sobre el solicitante a través del estudio de una solicitud de asilo, tal y como puede presumirse de un funcionario formado en este sentido. Sin perjuicio por supuesto, de que pueda ser un excelente diplomático. Lo que aunado al amplio margen de actuación que le otorga la Ley, pudiese ser causa de repetidas

⁷⁹⁰ Vid. Capítulos I y II de este trabajo.

arbitrariedades en la denegación de protección a través del traslado a territorio español.

En suma se pudiera decir, que si bien es verdad que apenas se utilizaba la vía diplomática para solicitar protección internacional a España, que según CEAR en el 2009, apenas se registraron 82 personas (las cifras sobre solicitudes se ha mantenido regularmente sobre el 2%)⁷⁹¹, esta nueva realidad supone un paso atrás por anular de derecho dicha posibilidad, y se puede interpretar como una forma deliberada de vaciar de contenido la institución del asilo y los Tratados Internacionales suscritos por España.

H). Otras aportaciones de interés.

Uno de los aspectos de la Ley 12/2009, que trasciende el análisis netamente jurídico, oscila en la Disposición Adicional Primera de la misma, que prevé un programa de reasentamiento para refugiados, que a su vez dispone un marco de protección para las personas refugiadas reasentadas, en igualdad de condiciones que para las personas que sean reconocidas como refugiadas en España.

El programa que tendrá carácter anual, que a iniciativa del Gobierno y a propuesta de CEAR y del ACNUR⁷⁹² se introduce en la Ley, se lleva a cabo en colaboración con el ACNUR y otras organizaciones internacionales. En una primera impresión, este parece acogerse en desagravio del bajo, o muy bajo nivel de concesión del estatuto de refugiado que en los últimos años ha realizado España. Con esta medida tal vez se logre compensar las cifras y equiparar la concesión estatutaria española a la media europea.

⁷⁹¹.Vid. Informe CEAR 2010, p. 55.

⁷⁹².La propuesta de CEAR, consistió en incluir un cupo anual de reasentamiento y, la de ACNUR en otorgar a las personas reasentadas los mismos derechos que a los refugiados reconocidos en España. Vid. "Propuesta de CEAR ante el proyecto de una nueva ley de asilo. Una nueva ley para un derecho en crisis", en: Informe 2009.

De esta manera ha sido bien recibida por la opinión experta en la materia, que considera la comentada <Disposición Adicional>, como el “precepto clave”⁷⁹³ de la nueva Ley de asilo; no obstante, no se puede ocultar cierto grado de escepticismo en cuanto a su funcionamiento práctico, del cual ya es posible hacer un primer balance después del primer año de funcionamiento. El Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros del Interior y del Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta el informe de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, tal y como dispone la Ley, acordado el número de personas que ha de beneficiarse del programa de reasentamiento. Cifra que en su primer año, el 7 de octubre de 2011 alcanza los 100 reasentados autorizados, lo cual supone más de la mitad de los estatutos de refugiados concedidos en virtud del reconocimiento de la condición de refugiado en España⁷⁹⁴.

Así, en comparación con otros países, podemos ver que en el año 2009, EE.UU reasentó en su territorio 79.900 refugiados; Canadá 12.500; Australia 11.100. De los países Europeos, Alemania reasentó a 2.100 refugiados; Suecia 1.900; Noruega 1.400⁷⁹⁵.

Sin embargo, de no flexibilizarse los criterios de admisión a trámite de la solicitud y de la concesión del estatuto de refugiado por los mecanismos y procedimientos previstos bajo el régimen legal nacional, no vemos motivo para celebrar, puesto que si bien nos parece más que positiva la adopción del comentado programa de reasentamiento, nos da la impresión de que con el

⁷⁹³.En este sentido, SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “La reforma del derecho de asilo por la Ley 12/2009”, en: Coloquios Jurídicos sobre América Latina. Seminario: Las reformas legales en los ámbitos de extranjería y asilo, Universidad de Alcalá, 19 de febrero de 2010.

⁷⁹⁴.Referencia del Consejo de Ministros, “Acuerdo por el que se aprueba el programa de reasentamiento de refugiados para el año 2011”.

“El reasentamiento es un proceso mediante el que un refugiado que ha huido de su país de origen, porque está perseguido por motivos de raza, religión, opiniones políticas, etcétera, y que ha encontrado asilo temporal en otro país, es reasentado en un tercer país, donde tendrá protección permanente, igual que un refugiado en sentido estricto. En este sentido es, por una parte, un instrumento con el que se garantiza una protección duradera al refugiado y, por otra parte, una muestra de solidaridad con los países en vías de desarrollo, que soportan la acogida de la mayoría de los refugiados en el mundo”. Disponible en: www.lamoncloa.gob.es, Última visita el 14 de octubre de 2011.

⁷⁹⁵.Vid. Informe CEAR 2011, p.21.

mismo se cubrirán las cifras solamente con fines estadísticos, siempre en la medida que no sea reprochable y criticable por organismos internacionales y otras organizaciones, dejando en la misma situación a los refugiados que soliciten protección en territorio nacional o en frontera, que posiblemente se encuentren con mayor riesgo de persecución, en comparación con los colectivos de refugiados objeto de reasentamiento que de alguna forma han recibido un primer cobijo por ACNUR, otro Estado u otras organizaciones internacionales.

VI.2. El impacto de la Ley 12/2009 en cifras.

En este apartado pretendemos hacer referencia a la situación de las solicitudes de protección internacional en España, particularmente respecto del estatuto de refugiado y de protección subsidiaria, así como de la concesión de los mismos, con base en los últimos datos disponibles. De esta forma, intentaremos conocer el impacto real que ha tenido la Ley 12/2009, que permita en un contraste natural con las cifras recabadas en los años de aplicación del anterior régimen legal y particularmente, con las cifras de los últimos años antes de la comentada reforma, adquirir algunas conclusiones sobre su impacto. Conviene además, contrastar las cifras españolas con algunas de los Estados socios de la Unión Europea más representativos en cuestiones de asilo y otro tipo de protección internacional, para ampliar el panorama sobre el fenómeno y sus tendencias a nivel regional, en el sentido en que lo hemos hecho con el año 2009.

De esta forma, es lamentable decir que la tónica de los últimos años se ha mantenido en sentido restrictivo. El año 2010 se ha vuelto a registrar como histórico el número a la baja de personas que accedieron al procedimiento de asilo en España, siendo aún inferior que el año 2009, el cual a su vez se registro como el año más bajo desde 1989, año en que comenzó a contabilizarse el acceso. De esta forma, en 2010 únicamente 2.738 personas accedieron al procedimiento de reconocimiento, lo que supone

aproximadamente un 6% menos que el año anterior⁷⁹⁶. Sin embargo, paradójicamente, parece haber una leve mejoría en cuanto a la concesión de algún tipo de protección internacional. Dicha situación, posiciona a España nuevamente como uno de los Estados más restrictivos frente a sus socios comunitarios, que incluso en algunos casos han aumentado sus cifras, tal y como veremos en la siguiente tabla.

Año 2010	Solicitudes de protección presentadas	Estatutos de refugiados concedidos	Estatutos de protección subsidiaria concedidos	Razones Humanitarias
Alemania	45.310	7.755	5.45	2.140
Francia	37.620	4.095	1.020	No consta
Suecia	27.630	1.935	5.955	605
Reino Unido	22.690	4.445	1.850	140
Holanda	17.145	810	4.010	2.745
Bélgica	16.245	2.700	805	No consta
Italia	11.325	1.615	1.465	1.225
Grecia	3.455	60	20	30
España	2.738	245	350	15

Fuente: Informe CEAR 2011.

El primer dato que llama poderosamente la atención, es el incremento de las concesiones de los estatutos de protección internacional en España, que es casi el doble respecto del año 2009. Así, los efectos de la nueva Ley, ya parecen reflejarse en las cifras transcritas con casi el doble de concesiones de del Estatuto de refugiado y el otorgamiento del nuevo estatuto de protección subsidiaria y por razones humanitarias. Con todo, la principal anomalía que

⁷⁹⁶ Informe anual de CEAR 2011, p. 35.

identificamos es el bajo número de solicitudes presentadas, sin embargo, aún cuando el número de concesiones se ha visto incrementado, sigue siendo muy bajo.

CONCLUSIONES GENERALES.

PRIMERA.- En el análisis del Marco Histórico del derecho de asilo, hemos podido identificar algunos de los rasgos más característicos, de la práctica del asilo a través de sus diferentes etapas, para comprobar que de cierta forma han determinado la configuración de esa institución tal y como la conocemos en la actualidad.

El asilo religioso, como antecedente más relevante del asilo territorial, tal y como hemos visto, ya podía ser considerado una causa de confrontación entre dos poderes, el eclesial y el poder Civil. En esos tiempos de exacerbada violencia, cuando la venganza era la principal forma de hacer justicia, solo el poder de la Iglesia ha sido capaz de atenuar y limitar los excesos que se cometían contra las personas; de forma que el sacerdote representaba la justicia divina y sustituía a la humana, imponiendo la penitencia eclesial en lugar del castigo, o la pena impuesta por los poderes públicos⁷⁹⁷.

De este modo vimos que tales prácticas, no se realizaban para evitar la justicia civil, sino para perfeccionarla y evitar con ello castigos desproporcionados, tales como las mutilaciones y otras formas de maltrato corporal, y en frecuentes ocasiones para evitar la pena capital, rasgos del asilo religioso que han perdurado en la institución del asilo territorial.

El asilo político o territorial, consolidado con la Constitución francesa de 1793 (producto de la Revolución), se iba a configurar dentro de las medidas de protección concedidas por el Estado con base en su soberanía. A partir de este momento, el desarrollo del asilo iba a depender por una parte, de la libertad de cada Estado soberano para desarrollar y aplicar sus políticas y normas de derecho interno; y por otra, de su desarrollo con base en las obligaciones asumidas como sujeto de derecho internacional. De tal modo, que paulatinamente el poder eclesial ya no va a figurar más, y el acto de un Estado

⁷⁹⁷. Véase “El derecho de asilo religioso como antecedente del asilo territorial”, en éste mismo trabajo, apdo. I.1.

de conceder asilo al perseguido por otro Estado de la misma naturaleza, pudiera entenderse como el nacimiento de una conciencia internacional del respeto a los derechos humanos.

Estas circunstancias llevarían al asilo, a ser considerado como un factor de desestabilización de las relaciones entre los Estados. En efecto, así lo vimos reflejado en múltiples ocasiones, sobre todo en la Europa de entre Guerras, donde tal vez el caso más representativo sea el de los judíos y perseguidos políticos y raciales en Alemania, cuando éste país se opuso ante la Sociedad de Naciones, a que la Oficina *Nansen* prestara asistencia a dichos colectivos, argumentando que eso significaba una intromisión a los asuntos internos del país.

Es lógico pensar, que por esta razón en el Preámbulo del Convenio de Ginebra de 1951, las Altas Partes Contratantes expresaran su profundo deseo por que se haga todo lo posible en evitar, que el problema de los refugiados “se convierta en una causa de tirantez entre los Estados”⁷⁹⁸. Lo anterior, probablemente ha sido determinante en la configuración del ACNUR, como una agencia “*enteramente apolítica*”⁷⁹⁹, a fin de evitar fricciones entre los Estados.

Así se puede decir, valga la redundancia, que el “problema” del asilo es que se ha considerado en el contexto internacional, más que como una causa humanitaria, como un “problema” para los Estados, y en el mejor de los casos como un desafío para la comunidad internacional⁸⁰⁰.

El hecho de que los Estados se obliguen a sí mismos a través de Tratados Internacionales a respetar los derechos humanos, aún cuando dichas

⁷⁹⁸.Convención sobre el estatuto de los refugiados, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951.

⁷⁹⁹.Ver, “El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como Agencia sucesora universal, y el proyecto de Convenio relativo al estatuto de refugiados, en la labor de consolidación de un marco legal internacional sobre asilo y refugio, apartado I.6.1, en este trabajo.

⁸⁰⁰.En este sentido, LÓPEZ GARRIDO, Diego, op. cit., pp. 16 y ss.

obligaciones suponen una limitación al poder político estatal, puede entenderse como un acto de civilización, es decir, como un acto propio de las sociedades humanas más avanzadas. En este sentido se puede entender también, que el grado de civilización de un Estado, dependerá en gran medida del grado de evolución social de los ciudadanos que lo componen, desde el punto de vista axiológico, lo que en conjunto será determinante para la evolución de Estados civilizados y consientes de la dignidad y el valor del ser humano, tal y como se aspira en la Carta de las Naciones Unidas de 1945⁸⁰¹.

En consideración a lo anterior y lo que hemos constatado en esta investigación, se pudiera decir que no todos los Estados han adquirido un grado de civilización suficiente, lo cual se ha visto reflejado en el constante camino hacia la construcción de un marco legal internacional más protector de los derechos humanos. Y en el caso específico del asilo, se puede decir, que la evolución de los Estados hacia una fase de civilización optima, no va a ser lineal. Así, en ocasiones veremos actos trascendentales como la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 que configuran el marco legal internacional de referencia en la actualidad; y en ocasiones observaremos frustrantes estancamientos, tal y como pudimos constatar con lo sucedido con el pretendido Convenio sobre Asilo Territorial de 1977, que ha quedado solo para la anécdota, puesto que los Estados se resistieron a contraer compromisos como el de conceder asilo permanente y de forma ilimitada. Lamentablemente, en otras ocasiones también podremos constatar importantes retrocesos al violentar los Estados sus compromisos en virtud de diversos factores, tanto externos como internos.

Así, en la etapa que algunos consideran un camino del asilo político, hacia el asilo económico-social (a partir de los años 60), destacan nuevos retos para la comunidad internacional, tales como la inmigración económica irregular y los desplazamientos masivos de personas. Fenómenos que harían aflorar ciertas limitaciones del sistema internacional para los refugiados. De tal modo

⁸⁰¹.Crf. Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, San Francisco, EE.UU, preámbulo.

que, con enormes y deliberadas lagunas normativas, que el derecho nacional tendrá que cubrir. Así, los Estados son libres en cierta medida de adoptar políticas restrictivas, tales como: el endurecimiento de los criterios sobre el permiso de entrada en sus territorios, sanciones por la entrada irregular de los refugiados, o expulsiones colectivas. Pero quizá lo que más se echa en falta en el Convenio, son ciertos criterios sobre los procedimientos de asilo, que no permitan que se eliminen garantías procedimentales esenciales en el reconocimiento de la condición de refugiado, y que las administraciones públicas se vean obligadas a observar, de mejor manera que los criterios del ACNUR que carecen de fuerza jurídica vinculante.

En dicha etapa, el principio de repartición de la carga y la solidaridad internacional, iban a ser fundaméntales. Debido a qué, aún cuando la Convención de Ginebra de 1951 puede parecer poco garantista al configurar un estatuto de refugiado bastante limitado en derechos, en la actualidad para algunos críticos ya es suficiente con que se respeten esas obligaciones anejas al citado marco legal de forma íntegra y de buena fe.

En consecuencia pudiera decirse, que el asilo en su concepción original se concibió como un instrumento para la protección de las personas individualmente y no como movimiento de población, ante supuestos de acciones por parte del Estado de origen, que pudiera violar los derechos fundamentales de la persona, los llamados “derechos de la primera generación”, y no se pensó una aplicación en los supuestos de violaciones de derechos de contenido económico y social, vertiente esta última, que va más en la línea del derecho de los refugiados y del derecho humanitario.

SEGUNDA.- El problema más acusado del comentado marco legal internacional de los refugiados, por parte de las Agencias especializadas de los distintos sistemas de protección de los derechos humanos, y de las ONG, radica en la rigidez de la definición de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo adicional del 67, que dejan fuera del amparo de la comunidad internacional a una gama importante de personas que necesitan

dicha protección, y que no coinciden estrictamente en los supuestos definidos en ese marco legal.

Prueba de ello ha sido la tendencia a adoptar definiciones ampliadas de refugiado en algunas Regiones del mundo, tales como la africana o latinoamericana, que reconocen como refugiados a otros colectivos de personas, tales como los que huyen de una situación de violencia generalizada, conflictos armados internos, por razones de género u orientación sexual, o bien en virtud de la violación sistemática de los derechos fundamentales. En este sentido, también van cobrando protagonismo nuevas vías de protección internacional, como la protección subsidiaria en la Unión Europea, o la protección complementaria Centro América.

La definición de refugiado del Convenio de Ginebra, ha sido una herramienta eficaz para proveer protección internacional desde su adopción en 1951. No obstante, en la actualidad, para que dicha definición sea eficiente y eficaz, se debe llevar a cabo una interpretación más liberal de la definición de refugiado que contiene el artículo 1 del Convenio, así como también de las demás disposiciones que se desprenden del resto del articulado y que contienen garantías como el *non refoulemen*, la no expulsión y la prohibición de sanciones por entrada irregular, con base en el ahora relegado principio *<indubio pro asilado>*. Debe comprenderse y respetarse el verdadero espíritu del Convención, es decir, su verdadero objetivo y fin, situación que no se refleja adecuadamente en la realidad de las prácticas de los Estados.

Una correcta interpretación del Convenio/Protocolo para los refugiados, desde el buen entendimiento en el sentido del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual los Tratados deben ser interpretados *<de buena fe>*, supondría seguramente una protección más adecuada para los refugiados *stricto sensu*. Sin embargo, pensamos que el referido marco legal sería insuficiente, puesto que es evidente su desactualización, situación que ha llevado a algunos expertos a calificarlo de obsoleto.

En este sentido, el Convenio de Ginebra no refleja la evolución de las necesidades de la comunidad internacional en el contexto actual de los movimientos masivos de personas; fenómeno que debe abordarse con la colaboración de la comunidad internacional, con base en el principio de <reparto de cargas>, puesto que se trata de un problema en ascendencia y en el que las interpretaciones estrechas de las prescripciones precisas del marco ginebrino no serán suficientes.

Esta realidad, viene marcada por la ampliación del mandato del ACNUR *ratione personae*, es decir hacia otros colectivos de personas que escapan, como hemos dicho, de la definición de refugiado del Convenio de Ginebra y del propio Estatuto del ACNUR. Esta ampliación se entiende, a la luz de la evidente necesidad de protección ante nuevas formas de amenazas, como pueden ser: los desastres naturales a causa del cambio climático, los ocasionados por el hombre, como el nuclear y el peligro de muerte por desnutrición, entre otros. Todos ellos entran dentro de los denominados <*madate refugees*>, y reciben asistencia en virtud del mandato del ACNUR bajo los auspicios de la ONU.

De lo anterior cabe preguntarse si ¿Es la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967 el marco legal apropiado para brindar protección a esos nuevos colectivos de personas en estado de desprotección? Para algunos es urgente un cambio de modelo de refugiado donde quepan todos esos colectivos que ahora precisan ayuda internacional, sin embargo, existe el temor que de convocarse una nueva Convención sobre el refugiado, se pueda vaciar de contenido el marco legal actual. Las tendencias en la comunidad internacional llevan una clara filosofía de amplitud del concepto de refugiado, desde una perspectiva nacional y como decisión unilateral. Además, son tan pocas las obligaciones que emanan de la Convención/Protocolo para los refugiados, y tan amplio el margen de actuación que se deja a los Estados, que finalmente dicho marco estará sujeto siempre a los constantes cambios de dirección del contexto internacional, cada vez más globalizado e interdependiente política y económicamente.

A nuestro juicio, es urgente, configurar un nuevo estatuto de protección de naturaleza internacional, en razón de las personas que lo precisan y que escapan del marco legal del asilo o refugio tal como se ha hecho de forma regional, como en el ámbito de la Unión Europea con la <protección subsidiaria>, pero no de inferior contenido de derechos que el estatuto de refugiado como ahí sucede. Con lo que finalmente, se pueda liberar la institución del asilo (configurada como refugio en dicho contexto), preservando su esencia axiológica.

En consideración lo anterior, será necesario para un funcionamiento adecuado en la protección internacional, articular un marco legal coercitivo, que no permita a los Estados retroceder y vaciar de contenido dicho estatuto sin causa justificada. Para lo cual, ha de ser indispensable la puesta en práctica de un complemento natural de dicho marco, es decir, de un sistema jurisdiccional internacional que reconozca la personalidad jurídica de las personas para hacer valer sus derechos y sus obligaciones.

TERCERA- Los flujos migratorios responden a diversos móviles y como hemos visto son de diversas y variadas magnitudes. A lo largo del siglo XX y lo que llevamos del siglo XXI, han seguido una línea muy marcada de crecimiento, mientras que, los distintos colectivos de personas que huyen por temor a perder la vida o que han sido desplazados a la fuerza, por razones ajenas a la persecución en virtud de la raza, la religión, nacionalidad, la pertenencia a determinado grupo social, o por las opiniones políticas, son considerados por los Estados generalmente, como inmigrantes irregulares. Ello no siempre se corresponde con la realidad, pues muchas veces se trata de personas necesitadas de protección o asistencia por parte de la comunidad internacional, por razones no menos dignas que las que se desprenden de la definición de refugiado del Convenio de Ginebra; razones que en ocasiones son responsabilidad de ciertos Estados, pero en otras de la comunidad internacional en su conjunto.

Ante todo esto, la comunidad internacional ha demostrado cierta renuencia para asumir sus compromisos, debido a que muchas veces se han

visto rebasados por recibir enormes cantidades de personas. Los instrumentos de derecho internacional que salvaguardan los derechos de los inmigrantes y refugiados en sentido extenso, son muy escasos, y los sistemas regionales y nacionales son insuficientes y muchas veces permiten arbitrariedades y restricciones severas.

Por esta razón, principios como el *non refoulement* se han vuelto indispensables. El cual, aún siendo de vital importancia por ser de obligado cumplimiento para los Estados, no obstante, es insuficiente por sí solo para hacer frente de forma adecuada al fenómeno de los flujos migratorios mixtos a gran escala, que deja ver sobre los distintos sistemas de protección de derechos humanos, tanto en materia migratoria, como en asilo y refugio, diversas patologías que parecen terminales.

Esta situación deja cada vez más, en un estado de indefensión y de exclusión importante a grandes colectivos de personas, a las cuales, los Estados industrialmente desarrollados, especialmente en Norteamérica y Europa, les han negado muchas veces la ayuda, y en la actualidad no son capaces de acoger ni una tercera parte de esos colectivos.

CUARTA.- El desarrollo de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, de forma subsidiaria ha sido fundamental para configurar un marco protector más garantista. En este sentido es preciso recalcar que la labor del Consejo de Europa es importantísima para la institución del asilo, y aún cuando en su Carta constitutiva o el Convenio Europeo de Derechos Humanos no hay referencia expresa sobre este, en su larga historia se ha hecho un importante esfuerzo para que las personas que de alguna forma necesitan protección internacional, se beneficien de los derechos fundamentales que guarda el CEDH, en perfecta coherencia con sus Principios Rectores y su razón de ser⁸⁰².

⁸⁰². Véase en este sentido, “La declaración de 9 de mayo de 1950 de Robert Schuman”.

Sin duda alguna también, la labor de vigilancia y de gestión política de la Asamblea Parlamentaria y de Comité de Ministros, complementan el mecanismo de un sistema regional de derechos humanos, que a nuestro modesto juicio ha desarrollado el importante número de técnicas garantistas, jurisdiccionales, no jurisdiccionales y políticas, que el resto de sistemas de protección de otras regiones del mundo desearían tener.

El desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo, bien se sabe que se encuentra ampliamente reconocido por otros Altos Tribunales regionales e incluso por los Tribunales penales en el contexto Internacional de las Naciones Unidas. Sin embargo tal y como apuntábamos antes, la protección que ofrece el TEDH, es muchas veces parcial, indirecta y tarda mucho tiempo en llegar.

Debemos decir también, que el esfuerzo realizado hasta ahora, no ha sido suficiente para lograr la adopción, del tan anhelado Tratado o Convenio especializado en materia de asilo y refugio en el contexto del Consejo de Europa, lo cual ha sido sugerido en múltiples ocasiones en forma de Protocolo adicional al CEDH, que supondría una regulación del asilo más uniforme, eficaz y eficiente. Meta que se ha perseguido tanto en foros europeos, como en foros de otras zonas del mundo y a escala universal.

Sin embargo, el ya tradicional obstáculo de la falta de voluntad política de los Estados miembros, es una barrera invisible e inquebrantable, que ni siquiera la organización de países que ha conseguido los avances más importante del mundo occidental en materia de derechos humanos, ha logrado superar, y aún cuando su diversidad de mecanismos de protección es plausible y además loable, en su conjunto no se ha logrado proteger de la forma más adecuada a los millones de personas que buscan asilo y refugio solamente en el ámbito de su competencia.

Por otro lado, la llamada “política de la avestruz”, por *Corien W. A. Jonker* (Presidenta de la Comisión sobre Migración, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa), o bien de delegación de

responsabilidad, lamentablemente se ha vuelto una práctica normalizada por los Estados miembros del Consejo de Europa. Como ejemplos multicitados se pudiera hablar de Rusia, miembro de pleno derecho del Consejo de Europa, respecto a la población desplazada con motivo de la guerra de Chechenia, donde se sabe de violaciones sistemáticas de derechos humanos; de las recientes violaciones al *non refoulement* por Italia, en relación con las decenas de miles de personas provenientes de los conflictos de Libia, Túnez y el resto de países de Oriente Medio, que pretenden alcanzar sus costas en la isla de Lampedusa⁸⁰³; o bien el caso de Suecia en relación con la extradición de dos ciudadanos egipcios a su país de origen, con base en unas garantías diplomáticas que después no fueron cumplidas, entre otras situaciones que como hemos dicho antes, son contradictorias con los Principios Rectores y fundacionales del Consejo de Europa.

De esta forma, cabe traer a colación el tema de las garantías diplomáticas en los supuestos de devoluciones o expulsiones de ciudadanos de terceros países, a Estados donde corran peligro de sufrir persecución o recibir tratos inhumanos o degradantes prohibidos por el artículo 3 del CEDH. En efecto, cabe decir que las garantías diplomáticas son en sí mismo el reconocimiento de que el país al que se pretenda mandar a una persona no es seguro ni fiable en cuanto al respeto de los derechos humanos, de no ser así, no se pedirían dichas garantías.

Sin embargo, dejando al margen las recientes tendencias de algunos países miembros sobre políticas restrictivas en materia de derecho de asilo y de inmigración, el Consejo de Europa nos parece un foro ideal para la creación de un verdadero derecho de asilo, a través de la construcción de un marco de derecho vinculante, que la comunidad internacional reiteradamente ha intentado alcanzar, pero que también reiteradamente ha fracasado.

⁸⁰³.Boletín Informativo del ACNUR. "ACNUR recuerda a Italia respetar la Convención de Ginebra de 1951". Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/acnur-recuerda-a-italia-obligacion-de-respetar-convencion-sobre-refugiados/?L=gulnlxwoshxdx>, última visita el 2.07.2011.

QUINTA.- En el análisis del asilo en la Unión Europea, hemos constatado que dicha organización de países, con independencia de sus objetivos económicos o de mercado, también se encuentra sometida al respeto de valores y principios democráticos. De tal modo, podemos pensar que las instituciones comunitarias han asumido dichos valores desde el principio de su existencia y han entendido que estos deben marcar las directrices que guíen la vida y el desarrollo de una Unión Europea, respetuosa con los derechos humanos por encima de los intereses particulares de los Estados miembros.

En la Unión Europea, en la configuración de políticas relacionadas con la inmigración y el asilo, existen dos posturas con intereses encontrados: por una parte, los Estados miembros, y por otra, las instituciones de la Unión Europea, y especialmente activas en el caso del Parlamento Europeo. De manera que, a través de nuestro estudio, hemos podido observar no pocos puntos de discrepancia en la progresiva consolidación de un marco jurídico de derechos humanos, coercitivo para los Estados, que también en este contexto supondrá un límite al poder político estatal.

Estas posiciones nos han permitido observar, que si bien las tendencias de políticas restrictivas respecto de la inmigración y el asilo se desprenden del desarrollo del SECA, estas no son responsabilidad absoluta de la Unión Europea institucionalmente hablando, sino que paradójicamente, la mayoría de esas medidas, como las que se desprenden del acervo Schengen o de Dublín, han sido aprobadas a propuesta de los Estados miembros y son producto de las actividades intergubernamentales que estos han desarrollado de forma extracomunitaria, para ir un paso por delante de la organización a la que pertenecen.

En este escenario ha tenido que sobrevivir la institución del asilo, que se ha visto transgredida y degradada en su contenido de derechos, por diversos factores de distinta naturaleza como, el uso abusivo y fraudulento que se le ha solido dar por falsos refugiados, así como las obsesivas medidas de seguridad que han adoptado los Estados miembros al verse amenazados por el terrorismo.

Por si fuera poco, la numerosa y compleja normativa del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, donde tiene lugar el SECA, no ha logrado transponerse de manera uniforme y coordinada, en el derecho nacional de los Estados miembros. Esto se debe a varias razones, como pueden ser principalmente: el deliberado alto grado de ambigüedad de los términos empleados, y el exceso de las cláusulas de remisión en virtud del empleo de los <marcos mínimos> en el SECA. Amén, del retraso de las necesarias reformas legales de los diversos sistemas nacionales; y de las cláusulas de reserva que algunos Estados miembros han adoptado respecto de la aplicación de determinadas normas. El resultado de todo ello ha sido la articulación de un sistema amorfo, confuso y de difícil acceso para las personas que necesitan protección internacional.

Finalmente cabe decir, que nos resulta muy esperanzadora la inclusión en el SECA de un mecanismo de <protección subsidiaria>, como un estatuto de protección dirigido a aquellas personas que escapan de la definición de refugiado del Convenio de Ginebra de 1951. De esta forma se pretende compensar el sistema clásico de reconocimiento individual del refugiado, el cual, como hemos dicho reiteradamente, ha demostrado cierta obsolescencia y alejamiento de la realidad sobre las necesidades actuales de los movimientos migratorios mixtos, entre los que se encuentran distintos colectivos de refugiados de *facto*.

Cabe señalar sin embargo, que dicho estatuto es marcadamente temporal y mucho más limitado en derechos que el estatuto de refugiado; así como también cabe decir que escapan del mismo, colectivos como los refugiados climáticos, que se perfilan como la categoría de refugiados que más protagonismo va a cobrar en los próximos 50 años. Sin embargo no se prevé en la agenda de los Estados, la búsqueda de una solución para hacer frente a dicho fenómeno a través de un marco legal *ah doc* de carácter vinculante.

En suma, hemos constatado que los distintos modelos de protección internacional en el ámbito de la Unión Europea avanzan, al menos en teoría,

hacia un punto óptimo de desarrollo y funcionamiento, así podemos hablar del sistema de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas, el sistema de asilo y de la protección subsidiaria. Sin embargo, el punto de inflexión de dichos sistemas, se encuentra por un lado, en sí mismos, cuando deben ponerse en práctica a la par, de las medidas de seguridad de las fronteras de la Unión, de la entrada de ciudadanos de terceros países, de la libre circulación de personas, o de la lucha contra el terrorismo y contra la inmigración irregular; así, por otro lado, en la falta de voluntad política de los Estados parte para aplicar, en tiempo y buena forma, dicho acervo normativo.

Con todo, la reciente entrada en vigor del Tratado de Lisboa, nos hace pensar que es posible alcanzar condiciones adecuadas para otorgar una protección internacional más justa. Principalmente, en virtud de la comunitarización de las materias que eran objeto del desaparecido tercer pilar extracomunitario, de un mayor grado de participación de las instituciones comunitarias en la regulación de dichas materias y en la toma de decisiones importantes, con otros factores muy positivos como de la adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, la declaración de intenciones del Consejo de la Unión de adoptar la Convención/Protocolo para los refugiados como un Estado más, así como la adopción del CEDH y sus Protocolos adicionales, que en estos momentos se encuentra en negociación.

SEXTA.- En el ámbito nacional, al observar las diferentes etapas de la regulación del asilo en España desde la democracia, hemos constatado un importante incremento de fenómenos relacionados con desplazamientos masivos de personas, inmigración en general y particularmente de carácter económico, que ha protagonizado el abuso del derecho de asilo.

Así también, hemos observado que las medidas adoptadas en la lucha emprendida contra el terrorismo a nivel comunitario, han erosionado las garantías de la institución del asilo o refugio en la Unión Europea, y algunas de ellas han sido propuestas por España. De esta forma, al analizar la normativa comunitaria, es incuestionable su injerencia en el sistema de asilo español, no obstante, se puede decir que no ha sido esta la única causa de una tendencia

restrictiva, o por lo menos no es responsabilidad única del SECA que nuestro estudio sitúe a España, como uno de los Estados miembros de la Unión Europea que menos estatutos de refugiado, o de protección internacional concede.

Como hemos dicho, son muchos los factores que han causado una involución en España respecto el reconocimiento de la condición de asilado, que la han convertido en un país poco generoso ante el fenómeno del refugio. Sin embargo, a lo largo de nuestro análisis hemos constatado que la mayoría de esos factores son de carácter nacional, desde su marco legal, hasta las prácticas administrativas y jurisdiccionales rígidas, que si bien es verdad que siguen un patrón comunitario, también lo es, que el SECA no impide a los Estados miembros que establezcan normas y políticas de asilo más favorables.

De esta forma, hemos observado como la aplicación práctica del derecho de asilo, con la llegada de la reforma de Ley 9/1994, se alejó de forma notable de la concepción que se tenía en los primeros años de aplicación de la Ley 5/1985 con la llegada de la democracia. Es decir, como una Institución, que debe servir para proteger a las personas perseguidas en sus países por motivos ideológicos o políticos, de acuerdo con los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia que, deben inspirar el estado democrático definido en la Constitución Española de 1978, como: un “Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”⁸⁰⁴.

En este sentido, hemos visto como a partir de la reforma del 94, las concesiones de asilo han mantenido una tendencia a la baja hasta llegar en el 2007, 2008, 2009 y 2010 alcanzar cifras ínfimas (apenas 179 estatutos concedidos en 2009). Sin embargo, la explicación del porque se han alcanzado dichas cifras a lo largo de 15 años, y no de forma inmediata en el momento de la reforma, atiende a un cúmulo factores que paulatinamente han venido obstaculizado el acceso al procedimiento de asilo y erosionado el sistema de

⁸⁰⁴ Vid. Ley 5/1985, exposición de motivos; y Constitución española artículo 1, respectivamente.

garantías procedimentales. De esta forma, se ha degradado el sistema de asilo en España, tanto por injerencia del acervo normativo comunitario, como por vía legal, vía reglamentaria y, quizá la más importante, por vía de hecho a través de la práctica administrativa con políticas restrictivas.

Como muestra, cabe traer a colación la intervención tanto de los Tribunales ordinarios, como de forma muy especial, del Tribunal Constitucional, en el reconocimiento de ciertas garantías esenciales en materia de asilo, de derechos fundamentales de los extranjeros, así como en la aplicación más liberal del pertinente marco legal.

Tal ha sido el caso del reconocimiento del Tribunal Constitucional, hacia la libertad deambulatoria que consagra el artículo 17 de la CE (STC 107/1984, de 23 de noviembre; STC 99/1985, de 30 de septiembre), al establecer que el derecho a la libertad, es un derecho del ser humano ya sea español o extranjero. O bien, al reconocerse jurisprudencialmente que el derecho citado, debe respetarse en todo el territorio nacional, incluidos los puestos fronterizos y las zonas internacionales de los aeropuertos (la STC 174/1999, de 27 de septiembre); y que, los solicitantes de asilo rechazados en frontera, también son titulares del derecho fundamental consagrado en el artículo 17 de la CE, según reconoce la STC 179/2000, de 26 de junio.

Desafortunadamente, aún no ha sido aprobado el Reglamento de desarrollo de la nueva Ley de asilo, con lo cual se seguirá aplicando el vigente Reglamento de la Ley de 1984, lo que evidentemente es una disfunción notable.

De este modo, pudiéramos citar el reconocimiento por la Audiencia Nacional, de casos de persecución por <agentes no estatales> (SAN de 19 de diciembre de 2008), que supone una ampliación de las posibilidades del reconocimiento administrativo de la condición de refugiado por persecuciones de esa naturaleza. Otro ejemplo es, que el Tribunal Supremo ha consolidado jurisprudencialmente, que para el reconocimiento de la condición de refugiado, se requiere simplemente la aportación de <indicios> sobre la persecución, sin

ser exigible la <prueba plena> de los hechos relatados por el solicitante (STS de 29 de marzo de 2005, Rec. 6660/2001).

Así como también, respecto del control no jurisdiccional de los derechos fundamentales, se pudiera hablar de las batallas dadas por el Defensor del Pueblo para lograr que las prácticas administrativas se apeguen a derecho sean óbice en los procedimientos de extranjería y asilo; tal y como vimos que sucedió en la Subdelegación de Gobierno de Málaga, en el Informe del 2001, entre otros casos.

A pesar de todo, con la nueva Ley 12/2009, España da signos de querer recuperar un sitio en la comunidad internacional, más adecuado y proporcional con sus capacidades socioeconómicas de recepción, en la loable tarea de la protección internacional de las personas que lo necesitan, tal y como su misma exposición de motivos lo expresa, en un deseo de “servir como instrumento eficaz” para dicho fin.

De esta forma, es alentadora la inclusión de programas como el de reasentamiento de refugiados, que no existía en el anterior régimen legal; y del nuevo estatuto de protección subsidiaria, configurado de forma más accesible y garantista que la que se exige para cumplir con el SECA. De esta forma, parece recuperarse, el espíritu liberar en la aplicación del examen de reconocimiento de la condición de refugiado, lo cual se refleja, de momento, en un ligero aumentando de la concesión de estatutos de protección (245 estatutos de refugiado y 350 de protección subsidiaria en el 2010). Estos puntos son muy positivos, no obstante no se pueden perder de vista los signos negativos comentados en cada punto de análisis, que si bien siguen una tendencia comunitaria (e internacional de los países industrializados), esto no debe ser óbice para que España asuma una política nacional de protección más comprometida con los derechos humanos y más acorde con los valores y principios éticos que se proclama en su Carta Magna.

BIBLIOGRAFIA.

OBRAS GENERALES.

- ACOSTA SÁNCHEZ, Miguel A. y; MICHEL REMI NJIKI, "TJCE – SENTENCIA DE 17.02.2009, *ELGAFAJI c. STAATSSECRETARIS VAN JUSTITIE*". En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo* ISSN 1138-4026, núm. 35, Madrid, enero/abril (2010).
- ACEVEDO ALVEAR, Carlos, "Manual de historia de la cultura", Ed. Limusa, Noriega Editores, México D.F, 2004.
- ARENAS HIDALGO, Nuria, "El sistema de protección temporal europeo. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población." *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. LV-2. Julio 2003.
- ARANGO, Joaquín, "Una nueva fase en la Construcción de la política común de inmigración y asilo de la Unión Europea: El Programa de Estocolmo", en: "Presidencia española 2010. Retos en una nueva Unión Europea, coord. SORROZA BLANCO, Alicia. Edres. Instituto de Estudios Europeos Universidad CEU San Pablo y; Fundación Alternativas; entre otros, Madrid, 2010.
- ALLAND, D. "*Le dispositif international de droit d'asile. Rapport general*", in *Droit d'asile et des refugiés, Colloque de Caen. S.F.D.I., Paris, Pédone, 1997.*
- ÁLVARES LODOÑO, Luís Fernando, "Historia del derecho internacional público", *Estudios de derecho internacional* 3, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000.

- *ALEINIKOFF, ALEXANDER T.* “Las características protegidas y las percepciones sociales: un análisis del significado de «pertenencia a un determinado grupo social”, en: “Protección de los refugiados en el derecho internacional”, Consultas Globales de ACNUR sobre protección internacional, editado por *FELLER, Erika, TÜRK, Volker y NICHOLSON, Frances*, Icaria editorial, s. a., Barcelona junio de 2010.
- *ALARCÓN, Rafael; CRUZ, Rodolfo*; entre otros, “La crisis financiera en los Estados Unidos y su impacto en la migración mexicana”, en: “Debate sobre los efectos de la crisis económica en el retorno de los migrantes mexicanos”, Seminario que se llevó a cabo en El Colegio de la Frontera Norte el 23 de octubre de 2008 en Tijuana, Baja california, México.
- *BOUTEILLET – PAQUET, D.* *L’Europe et le droit d’asile: la politique d’asile européenne et ses consequences sur les pays d’Europe Centrale*, Logiques Juridiques, Paris, Harmattan, 2001.
- *BODELÓN, Gloria*, “La Política de Asilo en el Tercer pilar de la Unión Europea”; en “El tercer Pilar de la Unión Europea. La cooperación en asuntos de justicia e interior”, Secretaria General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, España, 1997.
- *BUSTAMANTE, Jorge*, “Inmigración internacional y derecho humanos”, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F. junio de 2002.
- *BLANQUER, David*, “Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantías del interés general”, Ed. Civitas, S.A. Madrid, 1997.
- *BRETT, Rachel y LESTER, Eve*, “Derecho de los refugiados y derecho internacional humanitario: paralelismos, enseñanzas y perspectivas para el futuro.

La opinión de una organización no gubernamental” Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 843, 30.09.2001.

- CARRILLO SALCEDO, Juan A. “Los derechos humanos y la paz: hacia una relectura de la noción de Estados civilizados”, Revista TIEMPO DE PAZ, nº100, primavera 2011.
- CARBONELL Miguel, y MOGUEL Sandra, entre otros, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Textos básico, Tomo I, EDITORIAL PORRÚA S.A de C.V., México D.F. 2003.
- CARRERA HERNÁNDEZ, Jesús F. “La Unión Europea diez años después del 11 de septiembre de 2001: una valoración desde la perspectiva de la seguridad interior”, en: Tiempo de paz. 10 aniversario del 11-S: repensando la paz y la seguridad, Revista Tiempo de Paz, Nº 101, verano 2011.
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, “El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social”, en: “Presente y futuro de la Constitución española de 1978, Universidad de Valencia, 2005.
- CONDE PÉREZ, Elena, “TEDH- Sentencia de 28.02.2008, *Saadi c. Italia*, 37201/06- Artículo 3 CEDH- Prohibición de Torturas y Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes- Terrorismo v. Tortura”; en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, número 32, enero/abril, Madrid 2009.
- CHETAIL, Vincent, “Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en Droit International”, en: “*La Convention de Genève du 28 de juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*”, Publications de L’institut International des Droits L’homme, Institut René Cassin de Strasbourg, Bruykan, Bruxelles, 2001.

- C. W. San Juan y M. Manly, “El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina: Análisis crítico del dualismo “asilo-refugiado” a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos’, en: “El asilo y la protección internacional de los refugiados en Latino América”, coord. L. Franco, Buenos Aires, UNHCR-UNLA-Siglo XXI, 1ª Ed. 2003.
- DE CASTRO CID, Benito, “Introducción al estudio de los Derechos Humanos”, Editorial Universal, primera ed. Madrid 2003.
- DE OLLOQUIO, José J. “Consideraciones sobre antecedentes del derecho diplomático”, Revista Jurídica “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, Nueva Serie año XXXIII, nº 99, septiembre-diciembre año 2000.
- ESCOBAR HERNANDEZ, Concepción, “La regulación del asilo en el ámbito comunitario antes del Tratado de la Unión Europea: el Convenio de Dublín y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen”. En: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M. y otros, “*Derecho de Extranjería, asilo y refugio*”, Ministerio de Asuntos Exteriores, Instituto Nacional de Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 1995.
- ECOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, “*Asylum and Refugee status in Spain*”, *International Journal of Refugee Law*, vol.4, issue 1, 1992.
- FERNANDEZ ARRIBAS, Gloria, “Asilo y refugio en la Unión Europea”, ed. Comares S.L, Granada 2007.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad, “Valores e intereses en la protección de los derechos humanos por la Unión Europea. El caso de la política de asilo”, en: IV Jornadas internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA, Universidad de Zaragoza, 2002.

- FREIXES, Teresa, y REMOTTI CARBONEL, José Carlos, “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y el la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos”, en: Revista de Derecho Político núm. 44, 1998.
- GALINDO VÉLEZ, Francisco, “Consideraciones sobre la determinación de la condición de refugiado”, en: “Derecho internacional del los refugiados”, coordinada por NAMIHAS, Sandra, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001.
- GARCÍA DE VINUESA, Belén, “El asilo a partir de Ámsterdam”, Oficial de Protección, ACNUR, Madrid, Diciembre de 2001.
- GARCÍA-VALDECASAS, Ignacio, “El rechazo al proyecto de la Constitución Europea: un análisis retrospectivo”, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Área: Europa-ARI Nº 159/2005, 27/12/2005.
- GARCÍA MACHO, Ricardo Jesús: “El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española”, en: Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría v. II ed., Civitas, Madrid 1991.
- GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, Álvaro, “La eficacia de los mecanismos europeos de protección de los derechos humanos en la lucha antiterrorista. En especial la acción del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa”, en: “Nuevos desafíos del derecho penal internacional. Terrorismo, Crímenes internacionales y Derechos Fundamentales”, coord. CUERDA RIEZU Antonio, JIMENEZ GARCÍA Francisco, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.

- GONZALES SÁNCHEZ, Enrique, “El proceso de integración europea: de Roma a Lisboa. Perspectivas a futuro”, en: Cuadernos de Estudios Europeos, núm. 3, Instituto de Estudios Europeos Robert Schumann, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, 2010.
- GORTÁZAR ROTAECHE, Cristina, “Derecho de asilo y <<no rechazo>>del refugiado”, Ed. DYKINSON, Madrid, 1997.
- GÓMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, “Temas selectos de Derecho Internacional”, 4ª Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan M. “El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes”, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 14, 2º semestre, 2004.
- GOODWIN- GILL, “*The Refugee in International Law*”, 2ª Ed. Clarendon Press, Oxford, 1996.
- GOODWIN-GIL, G. “El artículo 31 de la Convención de 1951 relativa al estatuto de los refugiados: la no penalización, la detención y la protección”, en: “Protección de los Refugiados en el Derecho Internacional, Consultas Globales del ACNUR sobre Protección Internacional. Editado por *FELLER Erika, VOLKER Türk y NICHOLSON Frances*, Icaria & Editorial ACNUR 2010.
- HERNÁNDEZ VILLALÓN, Yolanda, “Situación actual del derecho de asilo en la Unión Europea”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 15, enero-abril 2003.
- KOSIRNIK, René, “Los Protocolos de 1977, un desarrollo necesario del derecho internacional humanitario”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, artículo 30-09-1997.

- LABAYLE, H., en: *“Un espace de liberté, de sécurité et de justice”*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997.
- LEGOUX, L. TIBERGHEN, F., VIANNA, P., *“Les réfugiés dans le monde”*, *Problèmes politiques et sociaux*, n° 699, de 5 de Marzo de 1993.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego, *“El derecho de asilo”*, Ed. Trotta, S.A, Madrid, 1991.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. *“La inmigración y el asilo en la Unión Europea: hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia”*, Colex, Madrid, 2002.
- MARIÑO MENÉNDEZ, M. Fernando, *“La convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados”*, en, *“Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas del siglo XXI”*, coord. BALADO RUIZ-GALLEGOS, Manuel, Ed. Bosch, España 2008.
- MARTÍN ARRIBAS, Juan José, *“Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo”*, Ed. Dykinson, S.L, Madrid, 2000.
- MADRAZO, Jorge, *“El sistema disciplinario de la Universidad Nacional Autónoma de México”*, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 1980.
- MUÑOZ AUNIÓN, Antonio, *“Política común europea de derecho de asilo”*, Ed. Tiran lo Blanch, Valencia, 2006.
- PECES-BARBA, G.: *“Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº 2, 199.

- PÉREZ SOLA, Nicolás, “Directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos”, en: Revista de Estudios Jurídicos nº 8/2008, Segunda época.
- RIDRUEJO PASTOR, José A. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, Ed. Tecnos, undécima edición, Madrid, 2007.
- RICO ALDAVE, Hipólito, “El derecho de Asilo en la Cristiandad, fuentes histórico-jurídicas”, Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2005.
- RODRÍGUEZ OCONITRILLO, Pablo, “Apuntes sobre el procedimiento para determinar la condición de refugiado”, publicaciones del ACNUR.
- RUPÉREZ, Javier, “El Consejo de Seguridad de la ONU y la lucha contra el terrorismo: un decenio contundente”, en Revista TIEMPO DE PAZ, Nº 101, verano 2011.
- RUILOBA ALVARIÑO, Julia, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: organización y funcionamiento”, en: Anuario de la Escuela de Practicas Jurídicas Nº 1, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid 2006.
- RUILOBA ALVARIÑO, Julia, “El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos inhumanos o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987. Su aplicación en España,” Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular”. En: Inmigración y asilo. Problemas actuales y reflexiones al hilo de la nueva Ley, coord. TRUJILLO PÉREZ, Antonio J. y ORTEGA TEROL, Juan M., Ed. Sequitur, Madrid, 2010.

- SANTOLA MACHETTI, Pablo, “Interpretación de la definición de refugiado y situaciones equiparables de protección”, en: Guía sobre el Derecho de Asilo, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2005.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “El derecho de asilo en la Constitución Española, Editorial Lex Nova S.A., diciembre de 2001.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, “La reforma del derecho de asilo por la Ley 12/2009”, en: Coloquios Jurídicos sobre América Latina. Seminario: Las reformas legales en los ámbitos de extranjería y asilo, Universidad de Alcalá, 19 de febrero de 2010.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, “La Comunidad Autónoma de Aragón y su Derecho Civil Foral”, Revista de Derecho Privado y Constitución del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 1, enero/diciembre de 1983.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, “Derecho Internacional Público”, Porrúa, 15ª ed. México, 1994.
- TIBERGHIE, Frédéric, “La Jurisprudence du Conseil d'Etat sur la Convention de Genève du 28 de juillet 1951 relative au statut des réfugiés”, en: “La Convention de Genève du 28 de juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives”, Publications de L'institut International des Droits L'homme, Institut René Cassin de Strasbourg, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- TRIANDAFYLIDOU, Anna, “Nuevos retos para Europa: migración, seguridad y derechos de ciudadanía”, Revista CIDOB d' Afers Internacionals, núm. 69.

- TORRES PEREZ, Aida, “La Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea”, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 27 y 28 de noviembre de 2008.
- TRUJILLO HERRERA, Raúl, “La Unión Europea y el Derecho de Asilo”, Ed. DIKYNSON, S.L, Madrid, 2003.
- VEGA PASCUAL, Jesús, M^a, “Las mujeres refugiadas y la violencia de género”, REVISTA D’ESTUDIS DE LA VIOLÈNCIA, Nùm. 2, Abril - Maig 2007.

DICCIONARIOS.

- Diccionario de la Real Academia de la lengua Española, vigésima segunda edición.
- DICCIONARIO JURÍDICO “EL DERECHO”, varios autores, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 30 de abril de 2009.

TEXTOS INTERNACIONALES.

- ONU

- Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, San Francisco California, EE.UU.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- I Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña de 1949.

- II Convenio de Ginebra para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar de 1949.
- III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra de 1949.
- IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados adoptada en Ginebra, Suiza el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por Asamblea General en su Resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950.
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

- Convención Internacional sobre la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y sus familias, Aprobado por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, Resolución 2200 A (XXI).
- Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
- Protocolo Sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII, Serie Tratados de Naciones Unidas N° 8791, Vol. 606.
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión y las convicciones”. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, a través de su Resolución 36/55, ONU, Doc. A/36/684.
- Resolución de la Asamblea General de la ONU 428 (V), 14 de diciembre de 1950.
- Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de la ONU sobre el Asilo Territorial, de 14 de diciembre de 1967.
- Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 28 de septiembre de 2001.
- Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial , xenofobia y formas conexas de intolerancia; Sr *Gith Muigai*, acerca de las manifestaciones de

difamación de las religiones, y en particular de las graves consecuencias de la islamofobia, para el disfrute de todos los derechos de quienes profesan esas religiones”. A/HRC/15/53 , Asamblea General de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 12 de julio de 2010.

- El monitoreo de los desplazamientos por desastres en el contexto del cambio climático”, Conclusiones de un estudio realizado por la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios y el Centro de Monitoreo del Desplazamiento Interno, Septiembre de 2009.

- **EI ACNUR.**

- Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; adopción: Asamblea General de la ONU Resolución 428 (V), 14 de diciembre de 1950.
- ACNUR, “Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en Virtud de la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, publicado en español en 1988.
- Hoja informativa del ACNUR. El artículo 5 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDR), 25 de junio de 1996.
- Comentarios del ACNUR sobre las Conclusiones de la Cumbre de Tampere: “el asilo después de Tampere”, 1999.
- Las clausulas de cesación: directrices para su aplicación”, ACNUR, 26 de abril de 1999. Comentarios del ACNUR, sobre “la propuesta de la Comisión para crear una Directiva del Consejo sobre el Derecho a la Reunificación Familiar”, 9 de marzo del 2000.

- La situación de los refugiados en el mundo, cincuenta años de acción humanitaria”, ACNUR, ICARIA Editorial, Barcelona, 2000.
- El Comentario del ACNUR sobre el Borrador de Directiva de la Unión Europea sobre Protección Temporal en caso de afluencia masiva (Documento COM (2000) 303 final, 2000/0127 (CNS) de 24.05.2000.
- La interpretación del artículo 1 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados”, ACNUR 2001.
- CONSULTAS GLOBALES sobre la PROTECCIÓN INTERNACIONAL, “Pertenencia a un determinado grupo social”, Mesa Redonda de Expertos en San Remo, 6-8 de septiembre de 2001, organizado por el ACNUR y el Instituto Internacional sobre Derecho Humanitario.
- Hoja informativa del ACNUR, “El Artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDR)”. ACNUR, Marzo de 2003, Unidad Legal Regional, San José, Costa Rica, Marzo de 2003.
- Hoja informativa del ACNUR, “El Artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, San José de Costa Rica, marzo de 2003.
- Directrices sobre Protección Internacional: “la alternativa de huida interna o reubicación” en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención de Ginebra de 1951 o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, ACNUR, 23 de julio de 2003.
- Estadísticas de asilo en las Américas, ACNUR 2003.

- *Standing Committee, 30th meeting, Note on International Protection of the Department on International Protection, EC/54/SC/CRP*, 9 de junio 2004.
- Estrategias y programas del ACNUR para América del Norte y Caribe”, Informe anual del ACNUR 2004.
- Nota de orientación sobre la extradición y la protección internacional de los refugiados, ACNUR, Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Ginebra, Suiza, abril del 2008.
- Informe del ACNUR presentado ante Asamblea General de las Naciones Unidas, relativo al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 30 de junio de 2008.
- Octava Conferencia Mundial de la AIJDR, Cope Town, Sudáfrica, Declaración de Erika Feller, Alta Comisionada Asistente en materia de Protección, 28 de enero de 2009, ACNUR.
- Declaración del ACNUR, sobre el artículo 1D, de la Convención de 1951, publicada en el contexto del fallo preliminar referido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el Tribunal Municipal de Budapest con relación a la interpretación del artículo 12 (1) (a) de la Directiva de Reconocimiento, 2009.
- Mejorando los procedimientos de asilo: análisis comparativo y recomendaciones legales y prácticas”. Proyecto financiado por el Fondo Europeo para los Refugiados de la Comisión Europea y por la Fundación Diana Princesa de Gales, ACNUR, marzo de 2010.
- Tendencias Globales 2009, Refugiados, solicitantes de asilo, retornados, desplazados internos y personas apátridas”, División de Administración y Apoyo a Programas, ACNUR 15 de junio de 2010.

- La Declaración del ACNUR sobre el derecho a un recurso efectivo en relación con los procedimientos acelerados de asilo”. Publicada en el contexto de la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Luxemburgo ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación del artículo 39 de la Directiva sobre procedimientos de asilo (DPA), y los artículos 6 y 13 del CEDH, ACNUR, 2010.
- Niveles y tendencias de asilo en países industrializados 2009. Sinopsis estadística de las solicitudes de asilo presentadas en Europa y en otros países seleccionados. ACNUR, 23 de marzo de 2010.
- Cambio climático y desplazamiento: identificación de vacíos y respuestas, Mesa redonda de expertos, Centro de Conferencias de *Bellagio*, ACNUR y Fundación Rockefeller, 22-26 de febrero de 2011.
- Tendencias globales 2010, Ginebra Suiza, ACNUR, 19 de octubre de 2011.

- **COMITÉ EJECUTIVO DEL ACNUR**

- Conclusión N° 4 (XXVIII), Instrumentos Internacionales 1977, Comité Ejecutivo del ACNUR.
- Conclusión N° 8 (XXVIII), “Determinación de la Condición de Refugiado”, (28° período de sesiones del Comité Ejecutivo) 1977.
- Conclusión N° 82 (XLVIII) sobre la salvaguarda de la Institución del asilo.
- Conclusión N° 30 (XXXIV), “El problema de las solicitudes de asilo o de la condición de refugiado manifiestamente infundadas o abusivas”, 1983.

- Conclusión N°85 (XLIX) del Comité Ejecutivo del ACNUR, 1998.

- **OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.**

- Amnistía Internacional, Informe sobre Italia 2007.
- Amnistía Internacional, Informe sobre Italia 2010.
- Amnistía Internacional, Informe anual 2011.
- Cambio climático, inmigración y desplazamiento: ¿Quién resultará afectado?, Documento de Trabajo presentado por el grupo informal sobre inmigración, desplazamiento y cambio climático del IASC, 31 de octubre de 2008.
- ECRE: *Broken Promises – Forgotten Principles An ECRE evaluation of the development of EU minimum standards for refugee protection. Tampere 1999- Brussels 2004*, ECRE EU Office, Brussels, 2004.
- Organización Internacional para las Migraciones, “Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2010. El futuro de la migración: creación de capacidades para el cambio”, GRUPO EDITORIAL DE LA OIM, Ginebra Suiza, 2010.
- Organización Internacional para las Migraciones, “Dialogo Internacional sobre la Inmigración 2011”, Taller intermedio relativo a cambio climático, degradación ambiental e inmigración, Ginebra, Suiza, 29 y 30 de marzo de 2011.
- UNESCO, Informe del Director General de UNESCO sobre la “Conferencia Mundial de Derechos Humanos”, Viena 1993. 27 reunión, París 1993, Doc. 27/C/116.

TEXTOS REGIONALES

➤ CONSEJO DE EUROPA

- Estatuto del Consejo de Europa (número 001), HECHO EN LONDRES EL 5 DE MAYO DE 1949.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, 4.XI.1950, revisado de conformidad con los Protocolos nº 11 y 14, y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nº 4, 6, 7, 12 y 13.
- *European Convention on Extradition, Paris, 13.XII.1957.*
- *El Acuerdo Europeo sobre el régimen de circulación de personas entre los países miembros del Consejo de Europa, hecho en Paris el 13 de diciembre de 1957.*
- Acuerdo Europeo sobre la exención de visados para los refugiados (número 031 del Consejo de Europa), Hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959.
- *Convenio Europeo sobre Seguridad Social de 14 de diciembre de 1972.*
- *El Convenio para la reducción del número de casos de apatridia, de 13 de septiembre de 1973.*
- *Additional Protocol to the European Convention on Extradition Strasbourg, 15.X.1975.*
- Convenio Europeo para la represión del terrorismo (número 090 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

- Protocolo número 6, del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte (número 114 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983.
- Protocolo nº 7 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1984.
- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (número 126 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.
- Convenio-marco para la protección de las Minorías Nacionales (número 157 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995.
- *Carta Social Europea en 1961, revisada y modificada en Estrasburgo 1996* y que entró en vigor en 1999.
- Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo, núm. 196 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.
- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, serie de tratados del Consejo de Europa nº 197, Varsovia 16.V.2005.
- **TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.**
- STEDH, *Klass c. Alemania*, demanda nº 5029/71, de 6 de septiembre de 1978.
- STEDH, *Marck c. Belgica*, Serie A, nº31, de 27 de abril de 1979.

- STEDH, *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985.
- STEDH, *Berrehab c. Países Bajos*, n° 10730/84, de 21 de junio de 1988.
- STEDH, *Boyle y Rice c. Reino Unido*, demanda n° 9659/82, de 27 de abril de 1988.
- STEDH *Soering c. Reino Unido*, n°14038/88, de 7 de julio de 1989.
- STEDH, *Guzzardi c. Italia*, de 6 de noviembre de 1990.
- STEDH, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, n° 15576/89, marzo de 1991.
- STEDH, *Quinn c. Francia*, demanda n° 18580/91, de 22 de febrero de 1995.
- STEDH *Ahmed c. Austria*, n°25964/94, de 17 de diciembre de 1996.
- STEDH, *Amuur c. Francia*, n°19776/92, de 25 de junio de 1996.
- STEDH, *Gul c. Suiza*, demanda n° 23218/94, de 19 de febrero de 1996.
- STEDH, *Niemientz c. Alemania*, demanda n° 21794/93, de 7 de agosto de 1996.
- STEDH, *Aksoy c. Turquía*, n° 57/1996/676/866, de 28 de diciembre de 1996.
- STEDH, *Adyn c. Turquía*, de 25 de septiembre de 1997.
- STEDH, *Akkoc c. Turquía* de 10 de octubre de 2000.
- STEDH, *Ciliz c. Países Bajos*, n° 29192/95, de 11 de julio de 2000.
- STEDH, *Dougoz c. Grecia*, n° 40907/98, de 6 de marzo de 2001.

- STEDH, *Conka C. Belgica*, nº 51564/99, de 5 de febrero de 2002.
- STEDH *N.A. c. Reino Unido* de 7 de julio de 2008.
- STEDH *Murat Gasayev c. España*, de 9 de febrero de 2009.
- STEDH *O. c. Italia* de 24 de marzo de 2009.
- STEDH, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, de 3 de mayo de 2011.

- **ASAMBLEA PARLAMENTARIA Y CONSEJO DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA.**

- Resolución 14 del Comité de Ministros, de 29 de junio de 1967, referente al “*asilo de las personas en peligro de persecución*”.
- Resolución del Comité de Ministros de 26 de enero de 1970, sobre la “*Adquisición por los refugiados de la nacionalidad de su país de residencia*”.
- Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 293, de 26 de septiembre de 1961.
- Recomendación 434 de 1 de octubre de 1965, de la Asamblea Parlamentaria, referente a la “*aplicación del derecho de asilo a los refugiados europeos*”.
- Recomendación sobre “*la situación de los refugiados de facto*”, por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1976.
- Recomendación nº 817, sobre determinados aspectos del Derecho de Asilo, de 1977.

- Recomendación (2003) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las medidas de detención de solicitantes.
- Recomendación, nº1707, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, referente a La detención de solicitantes de asilo e inmigrantes irregulares en Europa, 2010.
- Parlamento Europeo, Opinión de la Comisión de libertades civiles, Justicia y Asuntos de Interior, para la Comisión de asuntos Constitucionales, ponente: Kinga Gál, (2009/2241 (INI)), 27.04.2010.
- *JONKER, Corien*, “Protección de los desplazados internos en Europa”, en: Diez años de los Principios Rectores, p. 15. JONKER, es la Presidenta de la Comisión sobre Migración, Refugiados y Población de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

- **COMISARIO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DEL CONSEJO DE EUROPA.**

- Estatuto del Comisario para los Derechos humanos del Consejo de Europa, Resolución 99/50 del Comité de Ministros.
- Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, sobre su visita a Finlandia, del 4 al 7 de junio de 2001.
- Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, sobre su visita a Dinamarca, del 13 al 16 de abril del 2004.

- Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, sobre su visita al Reino Unido, 4-12 de noviembre de 2004.
- Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario Europeo para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, sobre su visita a Suecia los días 21 a 23 de abril del 2004.
- Informe del Sr. Álvaro Gil-Robles, Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa, sobre su visita a Italia del 10 al 17 de junio del 2005.
- *“Protecting the right to privacy in the fight against terrorism”, by Thomas Hammarberg, the Commissioner for Human Rights, CommDH/IssuePaper (2008)3*, Estrasburgo, 4 de diciembre de 2008.

- **EL COMITÉ CONTRA LA TORTURA Y OTRAS PENAS O TRATOS CRUELES O DEGRADANTES.**

- *7th General Report on the CPT's Activities (1996).*
- *13th General Report on the CPT's Activities (2002-2003).*
- Normas del CPT, Secciones de los Informes Generales del CPT dedicadas a cuestiones de fondo, Consejo de Europa, Rev. 2004.
- *19th General Report on the CPT's Activities (2008-2009).*

- **LA COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA.**

- Estatuto de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, Resolución, Res (2002)8, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, Cuarto Informe sobre España, Adoptado el 7 de diciembre de 2010, publicado el 8 de febrero de 2011.

➤ **UNIÓN EUROPEA.**

- El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado el 18 de abril de 1951 en París, entró en vigor el 23 de julio de 1952.
- El Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, Tratado CEE, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.
- El Tratado de fusión, firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965, entró en vigor el 1 de julio de 1967.
- Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República federal de Alemania y de la República francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.
- El Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo y La Haya, 1986.
- El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

- El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997.
- El Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero del 2001.
- El Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2007/c 306/01).
- Protocolo (Nº 8) sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- Protocolo (Nº 19) sobre el acervo de Schengen integrado en el Marco de la Unión Europea.
- Protocolo (Nº 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia.
- Protocolo (Nº 22) sobre la posición de Dinamarca.
- Protocolo (Nº 30), sobre la aplicación de la carta de los derechos fundamentales de la unión europea a Polonia y al Reino Unido.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02).
- *COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, SECRETARIAT GENERAL, « Conseil Europeen-Tampere, 15 & 16 octobre 1999, Conclusions de la présidence », SI (1999), Bruxelles, le 16 octobre 1999.*
- El Consejo de Laeken, Bélgica, 14 y 15 de diciembre de 2001.
- Consejo Europeo de Sevilla 21 y 22 de junio de 2002.

- La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].
- Programa de Estocolmo, “una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano”, (2010/C 115/01).
- Reglamento (CE) N° 1683/95 del Consejo de 29 de mayo de 1995.
- Reglamento (CE) N° 2317/95, por el que se determina qué nacionales de terceros países deberán contar con un visado para ingresar a la zona de la unión a través de sus fronteras exteriores.
- Reglamento (CE) n° 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.
- Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.
- Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo (26.10.2004, DO L 349/25.11.2004). Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, FRONTEX.
- Directiva 2003/9/CE, del 27 de enero de 2003, por la que se aprueban las *normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros*. DOCE L 31, de 6 de febrero de 2003.

- Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.
- Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.
- Resolución de 30 de noviembre de 1992 sobre las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas.
- Resolución de 30 de noviembre de 1992 sobre un enfoque armonizado de las cuestiones relativas a los terceros países de acogida.
- La Resolución 95/C 262/01 del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, sobre el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas.
- Decisión 96/198/JAI del Consejo, de 4 de marzo de 1996, sobre un procedimiento de alerta y urgencia para el reparto de cargas en relación con la acogida y la estancia, con carácter temporal, de las personas desplazadas.
- CONSEJO DE MINISTROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Declaración de 25 de marzo de 1964 de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, reunidos en el seno del Consejo, con respecto a los refugiados*, DOCE 22 de mayo de 1964.

- CONSEJO DE MINISTROS, Decisión 2000/596, *por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados*, de 28 de Septiembre del 2000, DOCE L 252, de 6 de octubre de 2000.
- COMISIÓN EUROPEA: *Declaración con ocasión de realizarse la unión aduanera*, 1 de julio de 1968. Bulletin des Communautés Européennes, n° 7, de 1968.
- CONSEJO DE LA UNION EUROPEA, “*Acción por la que se establece un programa de formación, de intercambios y de cooperación en el ámbito de las políticas de asilo, inmigración y cruce de fronteras exteriores*”. Acción 98/244/AIJ, de 19 de marzo de 1998. DOCE L 99 de 31.3.98.
- Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Refundición). COM (2008) 820 final/2 – No publicada en el Diario Oficial.
- Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 16 de junio de 2010, sobre la aplicación de la Directiva 2004/83/CE de 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. COM (2010) 314 final – no publicado en el Diario Oficial.
- Informe de la comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 8 de septiembre de 2010, sobre la aplicación de la Directiva 2005/85/CE, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la

condición de refugiado [COM (2010) 465 final – No publicado en el Diario Oficial].

- La Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros (2008/0244 (COD)).
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos de deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la protección internacional (refundición) {SEC (2009)1376} {SEC (2009) 1377}.
- Las Conclusiones de 30 de noviembre de 1992 relativas a los países en que, por regla general, no existen serios riesgos de persecución.
- Resolución de 30 de noviembre de 1992 sobre las solicitudes de asilo manifiestamente infundadas.
- Resolución de 30 de noviembre de 1992 sobre un enfoque armonizado de las cuestiones relativas a los terceros países de acogida.

- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJ (Gran Sala) de 17 de febrero de 2009 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Raad van State* - Países Bajos) - *M. Elgafaji, N. Elgafaji / Staatssecretaris van Justitie*, (Asunto C-465/07).
- STJ (Sala Quinta) de 9 de julio de 2009 — Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España (Asunto C-272/08).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Comunicado de Prensa nº 96/11, Luxemburgo, 22 de septiembre de 2011.

➤ **AMÉRICA**

- Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984. Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.
- Convención sobre el Asilo Diplomático, Caracas Venezuela, el 28 de marzo de 1954.

➤ **AFRICA**

- Convención de la OUA, por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África. Aprobada por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno en su sexto período ordinario de sesiones, Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969.

- **TEXTOS NACIONALES**

➤ **ESPAÑA**

- La Constitución de Cádiz de 1812
- La Constitución española de 1978.
- Orden de 16 de mayo de 1979 por la que se regula provisionalmente el reconocimiento de la condición de refugiado en España.
- Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.

- Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Versión reformada.
- Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.
- Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.
- Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.
- Ley Orgánica de 22 de marzo 3/2007, para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

- Referencia del Consejo de Ministros, “Acuerdo por el que se aprueba el programa de reasentamiento de refugiados para el año 2011”.
- Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón.
- Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares.
- Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña.
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.
- Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.
- Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral Vasco.

- **AUDIENCIA NACIONAL**

- SAN de 13 de enero de 2009, rec. 1528/2007, ponente: Garrido Falla F.
- SAN de 28 de enero de 2009, recurso nº 264/2008, ponente: Tomás García Gonzalo.
- SAN de 1 de julio de 2009, recurso nº 301/2009, ponente: Tomás García Gonzalo.
- SAN, Sala de lo Contencioso, 13 de Enero de 2009, ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH, núm. de recurso: 1528/2007

- SAN, Sala de lo Contencioso, 31 de Marzo de 2005, ponente: ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO, núm. de recurso: 1217/2003.
- SAN, Sala de lo Contencioso, 19 de Diciembre de 2008, ponente JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ núm. de recurso: 672/2006.

- **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- Recurso de inconstitucionalidad núm. 2994/94, promovido por el Defensor del Pueblo, contra el apartado 8 del artículo único de la Ley 9/1994, de 19 de mayo, de modificación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en la redacción que da al párrafo tercero del apartado 7 del art. 5 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.
- STC nº 107/1984, de 23 de noviembre.
- STC nº 99/1985, de 30 de septiembre.
- STC nº 16/1994 de 20 de Enero.
- STC nº 174/1999, de 27 de septiembre.
- STC nº 179/2000, de 26 de junio.
- Instrumento de Ratificación por España, de 27 de abril de 1982, del El Acuerdo Europeo sobre el régimen de circulación de personas entre los países miembros del Consejo de Europa, hecho en Paris el 13 de diciembre de 1957.

- **TRIBUNAL SUPREMO**

- STS de 29 de marzo de 2005, Rec. 6660/2001.
- STS de 30 marzo 2006, Rec. 644/2003.

- **MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, GOBIERNO DE ESPAÑA.**

- Memoria de la Oficina de Asilo y Refugio de 1996.
- *Anuario Estadístico de Inmigración*” de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, del año 1996 al 2007.
- Informe anual de Estadísticas de Inmigración y Asilo, de la Red Europea de Migraciones, creada por la Decisión del Consejo 2008/381/CE y financiada por la Unión Europea, 2004, 2005, 2006 y 2007.
- Ministerio del Trabajo e Inmigración de España, Programa de Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios *Fondo Europeo para los Refugiados* Plan Plurianual 2008-2013.

- **CEAR**

- informe Anual de CEAR: 2008; 2009; 2010; 2011.

- **DEFENSOR DEL PUEBLO**

- Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España”, Madrid, 2005.

- Defensor del Pueblo, “Informe anual 2003 y debates en las Cortes Generales”.
- Defensor del Pueblo, Informe anual 2001 y debates en las Cortes Generales”.

- **OTROS DOCUMENTOS.**

- Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. Informe sobre la Inmigración y el Asilo en España, aprobado en la Sesión Plenaria celebrada en Madrid, el 22 de octubre de 1997.

➤ **FRANCIA**

- Acta Constitucional Francesa de 24 de junio de 1793.
- La Declaración de Robert Schumann, Ministro francés de Asuntos Exteriores en el año 1950.

➤ **FEDERACIÓN DE RUSIA**

- La Constitución de la URSS de 1977.

➤ **MÉXICO**

- Ley Mexicana sobre Refugiados y Protección Complementaria, de 27 de enero de 2011.
- Instrumento de Ratificación de México de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes de 10 de diciembre de 1984.

➤ **ITALIA**

- *La Costituzione della Repubblica Italiana de 1947.*

➤ **PÁGINAS WEB DE CONSULTA.**

- *Ad Hoc* Committee of Experts on the legal aspects of territorial Asylum, Refugees and Stateless Persons (CAHAR), disponible en: <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=433481&Site=CM>
- ACNUR, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=374
- Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/827/11.pdf>
- Boletín Oficial del Estado, Gobierno de España, disponible en: <http://www.boe.es/>
- Comité Ejecutivo del ACNUR (EXCOM), disponible en: <http://www.acnur.org/t3/el-acnur/excom/>
- Centro de Información de las Naciones Unidas, México, Cuba y República Dominicana, disponible en: http://www.cinu.org.mx/temp_modelos/delegados/diplomacia.htm
- Comité Internacional de la Cruz Roja, disponible en: <http://www.icrc.org/spa/index.jsp>
- Consejo de Europa, disponible en: <http://www.coe.int/aboutCoe/default.asp>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sistemas.cfm?id=3>
- Comisión de Inmigraciones, Refugiados y Población, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, disponible en: <http://assembly.coe.int>
- Corte Penal Internacional, disponible en: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC?lan=en-GB>
- *COMMITTEE ON CITIZENS' FREEDOM AND RIGHTS, JUSTICE AND HOME AFFAIRS*, "Freedom, security and justice, and agenda for Europe", disponible en: http://europa.eu/pol/justice/index_en.htm
- Diario ABC, disponible en: www.abc.es
- Diario El Mundo, disponible en: www.elmundo.es
- Diario El País, disponible en: www.elpais.com
- El Glosario de Términos claves relativos a la protección internacional de los refugiados, ACNUR 2010, disponible en: http://www.acnur.org/index.php?id_pag=1477#Casos
- *International Organization for Migration*, disponible en: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/about-iom/lang/es>
- *Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE)*, disponible en: <http://www.osce.org/>

- *INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION-BELGIUM, Council meeting: Justice and Home Affairs, 29-30, disponible en:* http://www.belgium.iom.int/index.asp?Selected=2&News_ID=160&sm=181
- La historia y reflexiones sobre los hugonotes, en “Historia para el debate digital”, disponible en: <http://historiaparaeldebate.blogcindario.com/2008/05/00171-los-hugonotes.html>
- LEHUGEUR, Paul, “la Revocación del Edicto de Nantes”, Historia de Francia en 100 cuadros, disponible en: <http://www.frenchhistory.net/es/076.php>
- Las Naciones Unidas, disponible en: <http://www.un.org/es/aboutun/>
- La Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, con 186 Sociedades Nacionales, disponible en: <http://www.ifrc.org/es/nuestra-vision-nuestra-mision/>
- La Audiencia Nacional, disponible en: <http://www.audiencianacional.es/>
- La Unión Europea, disponible en: http://europa.eu/index_es.htm
- Tribunal Supremo, Poder Judicial de España, disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia?Template=cgpj/ts/principal.htm
- Tribunal Constitucional de España, disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9435>

ABREVIATURAS EMPLEADAS.

- AUE: Acta Única Europea.
- ACNUR: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
- AN: Audiencia Nacional.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CAHAR: Comité *Ad Hoc* sobre Aspectos Jurídicos del Asilo Territorial.
- CE: Constitución Española de 1978.
- CEAR: Comisión Española de Ayuda al Refugiado.
- CEDH: Convenio Europeo para los Derechos Humanos.
- CEPT. Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura.
- CEE: Comunidad Económica Europea.
- CELAD: Comité Europeo de la Lucha contra la Droga.
- CICR: Comité Internacional de la Cruz Roja.
- CPT: Comité Europeo para la Prevención de la Tortura.
- CGPI: Consultas Globales para la Protección Internacional.
- DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- DIH: Derecho Internacional Humanitario.
- DPA: Directiva de Procedimiento de Asilo.
- ECRI: Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia.
- ECRE: Consejo Europeo para los Refugiados y Exiliados.
- EURODAC: Sistema Europeo para la Comparación de las Impresiones Dactilares para la Aplicación efectiva del Convenio de Dublín.
- EE.UU: Estados Unidos de Norte América.
- FER: Fondo Europeo para los Refugiados.
- FRONTEX: Agencia europea para la gestión integrada de los controles de las fronteras exteriores.
- GLBT: Gay, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales.
- IGCR: Comité Intergubernamental para los Refugiados.
- IDCM: Oficina de la ONU de Coordinación de asuntos Humanitarios y del Centro de Monitoreo de Desplazados Internos.
- OAR: Oficina de Asilo y Refugio.
- OEAA: Oficina Europea de Apoyo en materia de Asilo.

- OIM: Organización Internacional para las Migraciones.
- OIR: Organización Internacional para los Refugiados.
- ONU: Organización de las Naciones Unidas.
- ONG: Organización No Gubernamental.
- OSCE: Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa.
- OTAN: La Organización del Tratado Atlántico Norte.
- OUA: Organización para la Unidad Africana.
- PGM: Primera Guerra Mundial.
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- PNUMA: Programa de la ONU para el Medio Ambiente.
- SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.
- SECA: Sistema Europeo Común de Asilo.
- SGM: Segunda Guerra Mundial.
- STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- STS. Sentencia del Tribunal Supremo.
- TA: Tratado de Ámsterdam.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TCEE: Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- THDE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TIJ: Tribunal Internacional de Justicia.
- TS: Tribunal Supremo.
- TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TUE: Tratado de la Unión Europea.
- UNRWA: Agencia de Naciones Unidas de Asistencia Especializada para Palestinos en Palestina.
- UE: Unión Europea.